Doppelverkauf von beweglichen Sachen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Brsg.

vorgelegt von

Edith Hildegard Heiland, geb. Justi
Rechtsanwältin am Landgericht Berlin

Marburg 1934

Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Referent: Professor Dr. Claudius Freiherr von Schwerin.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Literatur-Verzeichnis.

Allgemeines und Geschichte.

Berger, Joh. Henrici: Oeconomia juris ad usum hodiernum. 2 Aufl. 1917.

v. Brünneck, Wilhelm: Ueber den Ursprung des sogen. jus ad rem, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma. Berlin 1869.

Brunnemann, Johannes: Commentarius in Codicem Justinianeum, Ed. postrema 1699.

Carpzov, Benedict: Opus Definitionem Forensium ad Constitution. Electoral. Saxon. 1656.

Daries, Joach. Georgius: Institutiones jurisprudentiae universalis, Ed. nova 1794.

Delbrück, Dr., Berthold: Die dingliche Klage des Deutschen Rechts. Leipzig 1857.

Eißer, Dr. jur.: Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung. 1927.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 2. Bd. Leipzig 1905

Heymann, Ernst: Zur Geschichte des jus ad rem, in der Festschrift für Otto v. Gierke zum 70. Geburtstag. Weimar 1911.

Hofmann, Franz: Die Lehre vom titulus und modus adquirendi. Wien 1873.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1930.

Hugo, Ritter, Professor in Göttingen: Die Obligationen gehören in den letzten Teil des Privatrechts, Aufsatz in „Civilistisches Magazin", 4. Bd. 1813 S 1 ff.

Hugo, Ritter, Professor in Göttingen: Vollständige Darstellung der Lehre vom (justus) titulus und dem sog. modus acquirendi, „Civilistisches Magazin", 4. Bd. 1813 S. 137 ff.

Leyser, Augustinus: Meditationes ad Pandectas, 2. Aufl. 1772.

Mercier, Charles Philippe:Faut-il admettre l'existence du Jus ad rem en Droit Civil Suisse. Lausanne 1929.

Schwerin, Claudius Frhr. v.: Schuld und Haftung. 1911.

Stobbe, O.: Geschichte der Deutschen Rechtsquellen, 2. Abtlg. 1864.

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. I 1929, herausgegeben von Schlegelberger.

Einzelne Rechtsordnungen:

Bayern:

Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius Frhr. v. auf Offenstetten: Anmerkungen über den Codicem, Maximilianeum Bavaricum Civilem, 4. Teil. Neue unveränderte Ausgabe 1844.

Roth, Paul: Bayer. Zivilrecht 1871 ff.

Deutschland:

Cohn, Dr., Ernst: Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, Archiv f. Civil. Praxis. Neue Folge, Bd. 15 S. 67 ff.

Groh, Dr., Wilhelm: Sittenwidrige Erfüllungsvereitelung in Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 3. Bd. 1929 S. 119 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888.

Thur, Andreas v.: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

England:

Chalmers, C. S. J.: Sale of Goods Act, 5. Aufl. 1902.
Curti, Arthur: Englands Privat- und Handelsrecht. 1927.
Geldart, W. M.: Grundzüge des englischen Rechts, übersetzt von Alexander Werth. Regendanz 1929.
Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II: Das Zivilrecht Englands, I. Teil herausgegeben von Goldschmidt, Heymann, Richter und Titze, in Einzeldarstellungen.
Jenks, Eduard: A digest of English Civil Law, 2. Aufl. 1921.
Pollock Sir Frederick and Maitland: The history of English Law, 2. Aufl., 2. Bd. 1923.
Schirrmeister, Dr. jur. Gustav: fortgeführt von Dr. Wilhelm Prochownick, Das bürgerliche Rechte Englands, auf Grundlage einer Kodifikation von Jenks, Geldart und anderen Kommentar, 1. Buch, 2. Hälfte, 1910. 2. Bd. 1929.

Frankreich:

Aubry et Rau: Cours de Droit Civil Francais, 5. Aufl., par Rau, Faleimaigne avec la collaboration de Gault, Tome II, 1897, Tome V, 1907.
Baudry, G.: Lacantinerie et Albert Tissier, De la prescription, in Traite theorique et pratique de droit civil.
Baudry, G. und Saignat, Leo: De la Vente et de l'échange. Paris 1900.
Bauerband, J. J.: Institutionen des französischen Zivilrechts in den deutschen Landen des linken Rheinufers. 1873.
Behaghel, Dr., W. Prof.: Das bad. Bürgerliche Recht und der Code Napoleon, 3. Aufl. 1891.
Bufnoir, G.: Propriété et Contrat, 2. Aufl. 1924.
Cretschmar, Dr.: Rheinisches Civilrecht, 1892, 3. Aufl.
Crome, Dr., Carl: Die Grundlagen des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.
Crome, Dr. Carl: Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft. Mannheim 1892.
Förtsch, Richard: Vergleichende Darstellung des Code Civil und des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, 2. Aufl. Berlin 1899.
Huc, Theophile: Commentaire theorique et pratique du Code Civil, Bd. 7. 1894.
Josserand, Cours de droit civil positif Francais. 1930.
Marcadé, V.: Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 5. Aufl., 4. Bd. Paris 1855.
Planiol M. et G. Ripert: Traité pratique de Droit civil Francais. 1926.
Saleilles, Raymond: De la possession des meubles, Etudes de Droit Allemand et de Droit Francais 1907.
Viollet, Paul: Histoire du droit civil Francais, 3. Aufl. 1905.
Zachariae, v. Lingenthal, Dr. Karl: Handbuch des französischen Zivilrechts, 4. Aufl. 1837.
Zachariae, v. Lingenthal, Dr., Karl: 7. Aufl. herausgegeben von Dr. Heinrich Dreyer. 1886.
Zachariae, v. Lingenthal, Dr., Karl: 8. Aufl. bearbeitet von Dr. Carl Crome. 1894.
Dalloz: Receuil pérodique de jurisprudence.
Sirey: Receuil Général des Lois et des arrets.

Niederlande:

De Nederlandsche Wetboeken, hrsg. von J. A. Fruin. 1923.
Code Civil Néerlandais, traduit an francais par P. H. Haanebriek 1921.
J. D. Veegens en A. S. Oppenheim: Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, 3. Teil, 1921.

Nordisches Recht:

Almén, Dr., Tore: Das skandinavische Kaufrecht, deutsche Ausgabe von Dr. Friedrich Karl Neubecker. 1922.

Gram, Dr., G. W. und Vogt, H.: den nordiske Obligationretten, in Nordisk Retsency-clopaedi. 1888.

Kruse, Vinding: Ejendomsrettens Overgang, in Didskrift f. Retsvidenskab 1924, S. 315 ff.

Lassen, Dr., Julius: Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del. 3. Aufl. 1917.

Matzen, Dr., H. und Lassen, Dr., N.: Den Nordiske Tingsret, in Nordisk Retsencyklopaedi. 1880.

Moller, Ernst: Ogsaa lidt om Losoreoverdragelse efter dansk (og tildels norsk) Ret, Tidskr. f. Retsv. 1896, S. 85 ff.

Kong, Christian den Femtis: Danske Lov, udg. af V. A. Secker. 1911.

Sjögren, Wilhelm: Förarbetena till Sveriges Rikes Lag. 1901×1909.

Torp, Carl: Dansk Tingret, 3. Aufl. ved Vinding Kruse 1925.

Torp, C.: Om Overdragelse af individuelt bestemte Losoregenstande, Tidskr. f. Retsv. 1894, S. 1 ff.

Ugeskrift vor Retsvaesen, Kobenhavn, 1919, 1900, 1913.

Ussing, Dr., C.: Losores Overdragelse, in Tidskr. f. Retsv., 3. Jg., 1890, S. 181 ff.

Oesterreichisches Recht:

Unger, Dr., Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 4. Aufl. 1876.

Preußisches Allgemeines Landrecht:

Baron, Dr., J.: Abhandlungen aus dem Preußischen Recht. Berlin 1860.

Bornemann, Dr., W.: Systematische Darstellung des Preußischen Zivilrechts mit Benutzung der Materialien des ALR., 2. Aufl. Berlin 1842.

Cocceji, de Samuelis L. B.: Novum systema justitiae naturalis et Romanae (4). 1748.

Daniels, Dr., A. v.: Lehrbuch des preuß. Privatrechts. 1851.

Dernburg, Dr., Heinrich: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 1. Bd. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, 4. Aufl. 1884; 5. Aufl. 1894; 2. Bd. Das Obligationenrecht, 4. Aufl. 1889, 5. Aufl. 1897.

Engelmann, A.: Das Preußische Privatrecht und das Privatrecht des Deutschen Reichs, 6. Aufl. 1896.

Erhard, Christian Daniel: Versuch einer Critik des Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten. 1792.

Euler, Matthias, Joseph: Geschichtliche Einleitung in das Studium des Allgemeinen Preußischen Landrechts„ von Kamptz, Jahrg., Bd. 32, 1828, S. 1 ff.

Evelt, Joseph: Das Preußische Zivilrecht für das Studium und die Praxis, 3. Aufl., 1. Teil, 1869.

Förster, Dr., Franz u. Eccius, Dr., M. E.: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen Deutschen Rechts, 4. Aufl., I. Bd., Abt. 1880; 2. Abt. 1881, 3. Bd. 1883, 6. Aufl. 1892 Preußisches Privatrecht.

Förster, A. u. Engelmann, A.: Kommentar zur ZPO., 2. Aufl. 1902.

Fürstenthal, J. A. L.: Das preußische Civilrecht. Königsberg 1842.

Gruchot, Dr., J. A.: Glossen zum Allgemeinen Landrecht, Gruchots Beiträge, Bd. 8, S. 590 ff.

Heydemann, Dr., Ludwig Eduard: Einleitung in das System des Preußischen Zivilrechts, 2. Aufl. 1861.

Klein, Ernst Ferdinand: System des Preuß. Zivilrechts, unter Benutzung der neusten Rechtsquellen und mit Hinweisung auf das gemeine Recht. Neu bearbeitet von Kammergerichtsrat von Roenne. 1835.

Koch, Dr., C. F.: Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts, 2. Aufl., I. Bd. 1851, 2. Bd. 1852.
Koch, Dr., C. F.: Anleitung zur Preuß. Prozeßpraxis, Bd. 1, 1860.
Koch, Dr., C. F.: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen, 7. Ausgabe, bearbeitet von Förster, Johow, Achilles, Hinschius und Dalcke, 1878 ff.
Leske, Dr., Franz: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1860.
Löher, Franz: System des Preußischen Landrechts in deutschrechtlicher und philosophischer Begründung. Paderborn 1852.
Plathner, Otto: Der Geist des Preußischen Privatrechts in Vergleichung mit dem römischen, österreichischen und französischen Recht. 1854.
Rehbein, H. u. Reineke, O.: Das Preußische Allgemeine Landrecht mit Erläuterungen. Berlin 1880.
Simon: Bericht über die scientivische Redaktion der Materialien des preußischen Gesetzbuchs, Mathis „Allgem. Juristische Monatsschrift", Bd. 11, 1811, S. 191 ff.
Suarez: Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1833.
Temme, J. D. H.: Lehrbuch des preuß. Zivilrechts, 2. Ausg. Leipzig 1846.
Ziebarth: Die Realexekution und die Obligation, mit besonderer Rücksicht auf die Miete. Halle 1866.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot.
Jahrbuch für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, hrsg. von Karl Albert v. Kamptz, Bd. 32, 52.
H. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preuß. Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts, 2. Bd., 1887.
J. A. Seufferts, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Römisches und gemeines Recht:

Bechmann, August: System des Kaufs nach gemeinem Recht, Bd. 2, 1905.
Ehrhardt, Dr., Arnold: Justa causa traditionis. 1930.
Haymann, Franz: Zur Klassizität des periculum emptoris, Savigny Zeitschr. Roman. Abt., 45. Bd. S. 314 ff.
Hofmann, Dr., Franz: Ueber das periculum beim Kaufe. Wien 1870.
Ihering, R.: Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontrakt, Iherings Jahrbücher, Bd. 3, S. 449 ff.
Savigny, F. C. v.: System des heutigen Römischen Recht, 5. Bd., 1841.
Windscheid, Dr., Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. von Theodor Kipp bearbeitet, 2. Bd., 1906.

Sachsen:

Grützmann, Dr., Paul: Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privatrechts. 1887.

Schweiz:

Oser, Dr., H.: Kommentar zum Schweizer ZGB., Bd. V. 1915.
Oser, Dr., H.: Kommentar zum Schweizer Obligationenrecht. 1915.
Tuhr, Andreas v.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd. 1924.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Beim Verkauf als dem wichtigsten auf Veräußerung gerichteten Vertrag kommen besonders klar die Grundsätze zum Ausdruck und zur Anwendung, welche das Obligationen- und Sachenrecht einer Rechtsordnung beherrschen. Das Zusammenwirken und Ineinandergreifen dieser Grundsätze zeigt sich deutlich an einem einzelnen Fall, dem des doppelten Verkaufs einer bestimmten Sache, einer species, an zwei verschiedene Käufer durch denselben Verkäufer. Es ergeben sich in diesem Fall eine Reihe von Fragen hinsichtlich der obligatorischen und dinglichen Wirkungen der Verträge und über die Beziehungen zwischen den beiden Käufern und dem Verkäufer sowie zwischen den beiden Käufern untereinander. Bedeutsam ist insbesondere, welcher der beiden Käufer die Gefahr der Sache zu tragen hat, sofern nach einer Rechtsordnung die Gefahr den Käufer trifft, und welcher der beiden Käufer im Bezug auf das dingliche Recht an der Sache den Vorzug vor dem andern erhält.

Nach dem Recht des BGB. sind alle Fragen, die sich für den Doppelverkauf ergeben können, nach den allgemein für Obligation und dingliches Recht geltenden Grundsätzen zu beantworten; irgendwelche Besonderheiten kommen nicht zur Geltung.

Dagegen war nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 der Fall der doppelten Veräußerung einer Sache von besonderer Bedeutung; in ihm kam der historisch und systematisch wichtige Grundsatz des sogenannten „jus ad rem“ zum Ausdruck. Das preußische Allgemeine Landrecht ist daher zur Grundlage der Arbeit genommen.

Die Betrachtung ist für alle Rechtsordnungen beschränkt auf die Veräußerung beweglicher Sachen. Für unbewegliche Sachen gelten in den Rechtsordnungen jeweils Besonderheiten zur Sicherung des Verkehrs; die Behandlung von deren Verschiedenheiten im einzelnen würde sich zu weit von den hier betrachteten Problemen entfernen.

I. Abschnitt

Preußisches Allgemeines Landrecht.

1. Kapitel: Vorzug des nichtbesitzenden ersten Käufers vor dem besitzenden zweiten Käufer I 10 § 25 ALR.

I.

Beim Doppelverkauf handelt es sich um folgenden Sachverhalt: Der Verkäufer A verkauft dieselbe Sache zuerst an den Käufer B und dann an den Käufer C. Das Problem, wie sich die Rechtsbeziehungen zwischen den beiden Käufern und dem Verkäufer gestalten, ist ein anderes, je nachdem, ob die Sache schon einem der Käufer übergeben ist oder ob sie sich noch beim Verkäufer befindet, oder ob sie etwa bem Verkäufer untergegangen oder abhanden gekommen ist.

Bei der Betrachtung des Preußischen Allgemeinen Landrechts will ich von dem Fall ausgehen, bei dem die Sache schon einem der Käufer, und zwar dem zweiten Käufer C übergeben worden ist, denn hieran zeigen sich die Grundsätze der im ALR. gegebenen Regelung am klarsten.

1. Nach dem ALR. geht wie nach dem Recht des BGB. durch den Kaufvertrag allein noch nicht das Eigentum an der Sache auf den Käufer über. Zur Uebertragung des Eigentum ist nach I 10 §§ 1 ff. ALR. die „wirkliche Uebergabe" der Sache erforderlich.

Der erste Käufer B, dem nicht der Besitz der verkauften Sache eingeräumt wurde, kann demnach nicht Eigentümer geworden sein, denn dazu fehlt die wirkliche Uebergabe. Dagegen war die Uebergabe der Sache an den zweiten Käufer C geeignet, diesem das Eigentum zu verschaffen, wenn nur der Verkäufer Eigentümer war.

2. Nach I 10 § 1 ALR. ist außer der Uebergabe zur mittelbaren Erwerbung des Eigentums ein „Titel" nötig. Der Titel kann nach I 10 § 2 durch Willenserklärung, Gesetz oder rechtliches Erkenntnis begründet werden. Nach I 2 §§ 131 und 132 ALR. ist Titel der gesetzliche Grund, vermöge dessen eine Handlung oder Begebenheit (die „Erwerbungsart") die Kraft hat, daß dadurch ein Recht auf eine Sache erworben werden kann. Mit dieser Regelung ist der Eigentumsübergang von einer gültigen causa abhängig gemacht. Die Uebereignung ist nicht abstrakt, sondern mit dem zugrunde liegenden Geschäft kausal verknüpft [1]).

---

1) Vgl. Förster, 4. Aufl., Bd. I. S. 137 ff.

Bei der Uebereignung der verkauften Sache an den Käufer ist Titel zum Eigentumserwerb der Kaufvertrag. Im Kaufvertrag selbst liegt also insofern schon eine zur Eigentumsübertragung notwendige Voraussetzung.

3. Der erste Käufer hat somit durch den Kaufvertrag einen gültigen Titel zum Eigentumserwerb erlangt, zu dem ihm allerdings noch die Uebergabe fehlt. Sein Anspruch aus dem Kaufvertrag ist jedoch noch in anderer Weise gekennzeichnet. Die Forderung ist auf das Geben einer bestimmten Sache gerichtet, und derartige Forderungen werden in I 2 § 124 ALR. als „Recht zur Sache" bezeichnet. Der erste Käufer ist allein aufgrund des Kaufvertrages „zur Sache" berechtigt.

Das Recht zur Sache ist in I 2 § 124 ALR. als persönliches Recht bezeichnet, und I 2 § 122 erklärt den Begriff persönliches Recht dahin, daß durch dieses „nur gewisse Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache, befugt oder verpflichtet sind". Es ergibt sich daraus die Beschränkung des Rechts zur Sache als eines persönlichen Rechts auf den Anspruch gegen den persönlich verpflichteten Gläubiger.

4. Trotzdem ist der zur Sache Berechtigte, der sich auf einen gültigen Titel zur Eigentumserwerbung berufen kann, unter bestimmten Voraussetzungen gegen Dritte geschützt. I 10 § 23 ALR. bestimmt zwar, daß unter mehreren Prätendenten, die aus einem rechtsgültigen Titel Anspruch auf eine Sache erheben, derjenige den Vorzug haben soll, dem der Besitz der Sache eingeräumt ist. Es ist aber in I 10 § 25 ALR. eine Ausnahme von dieser Regel gemacht für den Fall, daß der spätere Erwerber den früheren Titel kannte. Dann hat der erste Erwerber den Vorzug [1]).

Der Käufer ist also allein aufgrund des Kaufvertrages und aus dem daraus hervorgehenden Recht zur Sache gegen spätere Erwerber derselben Sache geschützt. Dieser Schutz ist gewährt, obwohl das Recht zur Sache in I 2 §§ 122, 124 ALR. als persönliches Recht bezeichnet ist.

Andererseits geht aber der gutgläubige zweite Käufer, der den Besitz der Sache erlangt hat, dem früheren Käufer vor. Dem Schutz des Rechts zur Sache steht der Schutz des gutgläubigen Besitzers gegenüber, und dem Schutz des gutgläubigen Besitzers ist der Vorzug gegeben vor dem Recht zur Sache.

---

1) I 10 § 25 ALR.: „Auch der, welcher zur Zeit der (Eintragung oder) Uebergabe den früher entstandenen Titel eines andern weiß, kann zum Nachteil desselben die früher erhaltene (Eintragung oder) Uebergabe nicht vorschützen."

II.

Das Recht zur Sache des Preußischen Allgemeinen Landrechts und der ihm in I 10 § 25 ALR. gewährte Schutz gehen zurück auf die bei den Feudisten und Kanonisten des 13. und 14. Jahrhunderts in Italien ausgebildete Lehre vom jus ad rem. Wie diese Lehre entstanden ist, ist im Einzelnen noch nicht völlig geklärt, jedoch wird sie von der überwiegenden Meinung auf deutschrechtliche Einflüsse zurückgeführt. Insbesondere hat von Brünneck [1]) die Entwicklung aus dem deutschen Recht darzutun gesucht. Einen kurzen Ueberblick über die verschiedenen Ansichten zu dieser Frage gibt Heymann in seiner Abhandlung „Zur Geschichte des jus ad rem“ [2]).

v. Brünneck weist nach, daß der deutschrechtliche dingliche Vertrag und ebenso die Investitur nach deutschem und langobardischen Lehensrecht beschränkte Wirkungen gegen Dritte zeigten, die denen des späteren „jus ad rem“ entsprechen [3]).

Heymann [4]) erklärt diese beschränkte Wirkung gegen Dritte daraus, daß der obligatorische und der dingliche Vertrag im deutschen Recht noch nicht völlig voneinander gelöst, sondern zu einer Einheit verbunden waren. Der bloße Vertrag verschaffte beim Vorhandensein der nötigen Publizität sogar die ideelle Gewere, sodaß dann die Erlangung der körperlichen Gewere nur ergänzend hinzutrat. Andererseits erschien jedes persönliche Recht, da es durch Erlangung der Gewere zum dinglichen Recht werden konnte, als eine Vorstufe des Sachenrechts, als ein „werdendes Sachenrecht“ und konnte als solches Beziehungen zur Sache herstellen. Hieraus erklärt v. Gierke [5]) die Erscheinung, daß ein älterer persönlicher Anspruch ein ihm widerstreitendes dingliches Recht beseitigen kann.

In Fortwirkung dieser deutschrechtlichen Anschauungen entwickelten sich unter dem Einfluß des römischen Rechts zwei Lehren:

Einmal entstand die Lehre vom jus ad rem. Die lehnsrechtliche Investitur wurde von den Feudisten nicht als dinglicher, sondern als obligatorischer Vertrag aufgefaßt. Die Wirkungen des Vertrages gegen Dritte wurden auf ein „jus ad rem“ zurückgeführt, das sich aus dem Vertrag ergebe. Die Lehre vom jus ad rem fand sich sodann bei den Kommentatoren des römischen Rechts, welche sie auf Obligationen anwendeten, die auf dare oder tradere einer bestimmten Sache gerichtet waren; der ältere Erwerber eines jus ad rem solle dem jüngeren Erwerber des jus in re vorgehen, wenn der jün-

---

1) Ueber den Ursprung des jus ad rem, Berlin 1869.
2) In der Festschrift für Otto Gierke, Weimar 1911, S. 1167 ff
3) v. Brünneck, S. 15 ff., S. 29 ff., S. 38 ff.
4) Jus ad rem a. a. O. S. 1184.
5) Deutsches Privatrecht II, S. 608.

gere Erwerber das ältere jus ad rem kannte oder wenn er sich nur auf einen lukrativen Titel stützt, während der ältere Erwerber des jus ad rem einen onerosen Titel geltend macht [1]).

Die zweite damit im Zusammenhang stehende Lehre ist die Lehre vom titulus und modus acquirendi. Danach wird für die Uebertragung eines dinglichen Rechts, insbesondere des Eigentums, zweierlei gefordert: ein gültiger Titel, d. h. ein gültiges Kausalgeschäft, und der hinzutretende modus des Erwerbs, der bei beweglichen Sachen in der Verschaffung des Besitzes gesehen wird. Die Uebergabe wird also nicht als ein abstrakter Uebereignungsvertrag aufgefaßt wie nach dem heutigen Recht des BGB., sondern sie tritt lediglich als eine Ausführungshandlung zu dem für die Eigentumsübertragung wesentlichen Kausalgeschäfte. Das entspricht der deutschrechtlichen Anschauung, wonach einerseits dinglicher und obligatorischer Vertrag nicht getrennt sind, andererseits aber der Erwerb des dinglichen Rechts die Erkennbarkeit gegenüber Dritten voraussetzt [2]).

Die beiden Lehren vom titulus und modus acquirendi und vom jus ad rem erhielten sich in der gemeinrechtlichen Doktrin bis etwa ins 18. Jahrhundert [3]). Ebenso wurde in der Theorie des 18. Jahrhunderts auch die beschränkte Wirkung des jus ad rem gegen Dritte dahin anerkannt, daß ein bösgläubiger zweiter Erwerber trotz der an ihm bewirkten traditio die Sache an den ersten Erwerber herausgeben müsse. Dem ersten Erwerber stehe eine actio in factum gegen den zweiten Erwerber auf Herausgabe der Sache zu [4]). Auf einen Zusammenhang mit der Lehre vom jus ad rem wird allerdings bei der Besprechung dieses Falles meist nicht hingewiesen. Nur Berger [5]) erwähnt den Anspruch gegen den bösgläubigen zweiten Erwerber im Anschluß an die Darstellung darüber, welches die Unterschiede zwischen jus in re und jus ad rem und ihrer Wirkungen seien. Das jus ad rem ist dabei als persönliches Recht aufgefaßt. Der Anspruch des zur Sache Berechtigten gegen den bösgläubigen zweiten Erwerber ist als Ausnahmefall beigefügt und als actio in factum „ex aequitate“ bezeichnet.

---

1) v. Brünneck, S. 63 ff., S. 92.

2) Ueber die Entwicklung der Lehre vgl. insbesondere Franz Hofmann, Die Lehre vom titutus und modus acquirendi; Wien 1873; über den Zusammenhang mit deutschrechtlichen Anschauungen v. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 608 ff.

3) Vgl. v. Brünneck, S. 107; Hofmann, S. 32; Berger, Oeconomia juris, 2. Aufl. 1719, Liber II A. II § 1; Daries Institutiones jurisprudentiae, Editionova 1754, § 461, § 805; Leyser, Meditationes ad Pandectas, 2. Aufl. 1772, Bd. 7 spec. 444 med. 2.

4) Carpzov, Opus Definitionum Forensium, 1656 P II Const. 32, def. 12; Brunnemann, Commentarius in Codicem Justinianeum, 1699 Lib III Tit. 32, L. 15; Berger a. a. O. Lib. II Tit. II § 1 nota; Leyser a. a. O. spec. 444 med. 3.

5) Berger a. a. O. Lib. II Tit. I § 1 nota.

Ebenso begründet Leyser [1]) den Anspruch aus dem Erfordernis der Billigkeit, ohne auf die Lehre vom jus ad rem hinzuweisen. Brunnemann beruft sich ohne nähere Begründung auf die hergebrachte Meinung [2]). Das jus ad rem wird also als persönliches Recht betrachtet, seine Wirkung gegen Dritte als Ausnahme aufgefaßt, aber ex aequitate gebilligt [3]).

Diese Auffassung über das jus ad rem und die actio in factum gegen den bösgläubigen zweiten Erwerber blieb schon im 18. Jahrhundert nicht unbestritten. Cocceji war ein Gegner der Lehre vom jus ad rem und dessen Wirkungen [4]). Er hat dementsprechend in seinem Projekt eines Corpus Juris Fridericiani ein jus ad rem nicht erwähnt; allerdings umfaßt der Entwurf nur das Sachenrecht, das geplante Obligationsrecht ist nicht erschienen. Im Anschluß an die Regelung der Eigentumsübertragung bestimmt der Entwurf Cocceji's [5]), daß derjenige von zwei Käufern den Vorzug habe, dem die Sache zuerst übergeben wurde; dieser allein sei Eigentümer. Eine Ausnahme ist nicht zugelassen. Es ist ferner von Bedeutung, daß auch die Lehre vom titulus und modus acquirendi in dem Entwurf abgelehnt ist. Es ist bestimmt, daß auch dann das Eigentum übergehe, wenn die causa irrig oder ungültig oder schändlich sei [6]). Die Tatsache, daß Cocceji, der die Lehre vom jus ad rem und vom titulus und modus acquirendi ablehnt, auch den Anspruch gegen den bösgläubigen zweiten Käufer im Gegensatz zu der herrschenden Lehre nicht aufgenommen hat, weist wiederum auf einen Zusammenhang zwischen diesen Lehren hin.

Trotz dieser Ablehnung des Rechts zur Sache durch Cocceji hat die Lehre im ALR. Aufnahme gefunden. Eine dem I 10 § 25 ALR. entsprechende Bestimmung ist schon in dem Entwurf enthalten, der in den Jahren 1784—1788 im Druck erschien [7]). Wie bei Borne-

---

1) Leyser a. a. O. spec. 444 med. 3: „lex clara deficit, sed aequitas hanc sententiam tuetur et argumentum legis ... fraudis particeps atque adeo beneficiis jurium indignus fit.“

2) Brunnemann a. a. O. Lib. III Tit. 32 L. 15: „plures tradunt...“

3) Hofmann a. a. O. S. 32 erklärt daher, im 18. Jahrhundert sei die ursprüngliche Bedeutung des „jus ad rem“ völlig vergessen gewesen. Mercier, Jus ad rem S. 38 ff. hält einen Zusammenhang der Lehre des 17. und 18. Jahrhunderts mit dem jus ad rem der Kanonisten und Feudisten für zweifelhaft.

4) Samuelis L. B. de Cocceji, Novum systema juistitiae naturalis et Romanae 1748, Lib. V § 329; vgl. Hugo, Civilist. Magazin, 4. Bd. 1913, S. 34.

5) Projekt des Corporis Juris Fridericiani, 2. Teil, Halle 1751, Lib. II, Tit. 5, Art. 10 § 67.

6) Projekt 1751 a. a. O. § 65 Abs. 2: „Wir wollen die Sache nach dem römischen Rechte dahin dezieren, daß in allen diesen Fällen das Dominium transferiret, und dem andern acquiriret werde, weil genug ist, daß jemand den Willen habe, sein Gut einem anderen eigentümlich zu übertragen.“

7) Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Teil II, 1787, 2. Abtl., 7. Titel, § 16.

mann [1]) ausgeführt ist, habe Suarez mit mehreren Monenten die Bestimmung nicht gebilligt; sie sei aber trotzdem in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der Rechtslehrer aufgenommen worden [2]).

So kam entsprechend der im 18. Jahrhundert überwiegenden Doktrin die Lehre vom jus ad rem, vom titulus und modus acquirendi und von der beschränkten Wirkung des Rechts zur Sache gegenüber Dritten in das ALR.

Von Bedeutung ist im Zusammenhang damit auch die Einteilung, die im ALR. getroffen ist. In der gemeinrechtlichen Doktrin wurden persönliche und dingliche Rechte nicht in dem Sinn als Gegensätze angesehen, wie das nach dem System des BGB. der Fall ist. Beide Rechte wurden vielmehr unter dem Begriff „jus rerum" zusammengefaßt [3]). Entsprechend wurden auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht die obligatorischen Rechte nur als Erwerbungsmittel für das dingliche Recht behandelt und demselben Teil eingefügt, wie die dinglichen Rechte. Von Carmer, dem die Vorarbeiten zum preußischen ALR. durch Kabinettsodre vom 14. 4. 1780 übertragen waren [4]), hat diese Einteilung damit begründet, daß es „die Natur und die Verbindung der Ideen" mit sich bringe, beim Sachenrecht auch von denjenigen Geschäften zu reden, durch welche der Titulus ad acquirendum begründet werde; der Gegenstand eines jeden Kontrakts und die Absicht, warum er geschlossen werde, sei die Erwerbung, Uebertragung oder Aufhebung irgendeines Juris realis [5]).

Im preußischen Recht wurden also die Lehren gesetzlich festgelegt, die von den Kommentatoren auf deutsch-rechtlicher Grundlage, aber unter dem äußeren Einfluß des römischen Rechts begründet worden waren und die sich in der gemeinrechtlichen Doktrin bis ins 18. Jahrhundert erhalten hatten. Diesen Lehren vom jus rerum, titulus und modus acquirendi und jus ad rem liegen gemeinsame Gesichtspunkte zugrunde, obwohl sie in der Doktrin des 18. Jahrhunderts nicht zusammenhängend betrachtet wurden. Diese Gesichtspunkte lassen sich am besten im Gegensatz zum Recht des BGB. kennzeichnen und dahin zusammenfassen: es gibt keinen abstrakten dinglichen Vertrag neben dem obligatorischen Vertrag, sondern es gibt nur einen Vertragsabschluß; zur Entstehung des dinglichen

---

1) Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß Zivilrechts mit Benützung der Materialien des ALR., 2. Aufl. 1842, Bd. 2, S. 130, Note 1.

2) Die ungedruckten Materialien zum ALR. waren mir nicht zugänglich, sodaß ich diesen Hinweis Bornemanns nicht nachprüfen konnte. In Suarez Schlußvorträgen, die 1833 im Druck erschienen, ist zu I 10 § 25 ALR. nichts enthalten.

3) Berger, Ooeconomia juris, Liber II Tit. II § 1. Vgl. die Zusammenstellung bei Hugo, Civilist. Magazin, Bd. 4, 1813, S. 1 ff.

4) v. Kamptz, Jahrbuch, Bd. 32, 1828, S. 17.

5) Schreiben v. Carmers an den Regierungspräsidenten v. Tevenar zu Magdeburg, abgedruckt in Mathis Jurist. Monatsschrift, Bd. 11, S. 205 ff.

Rechts genügt das Hinzutreten eines äußeren Moments, der Erwerbungsart (modus), die zur Erkennbarkeit des dinglichen Rechts gegenüber Dritten führt. Das vorher aus dem Vertrag entstehende „persönliche" Recht war insofern eine Vorstufe des dinglichen Rechts und zugleich notwendige Voraussetzung zu dessen Entstehung. Der Abschluß des „obligatorischen" Vertrages hatte somit eine Bedeutung zur Entstehung des dinglichen Rechts, die dem BGB. fremd ist.

Dieser Bedeutung des Vertragsabschlusses entsprach es, wenn die Frage nach dem Vorzug des ersten oder zweiten Erwerbers nicht allein nach dem Zeitpunkt des Besitzererwerbs beurteilt wurde, denn der Erwerb des Besitzers war ja nur das äußere Moment, das zu dem Vertrag als notwendiger Voraussetzung hinzukam. Bei dieser Grundlage war es vielmehr gerechtfertigt, demjenigen Schutz zu gewähren, dessen Vertrag zuerst abgeschlossen wurde. Daß der Schutz andererseits nur beschränkt und nicht gegenüber einem gutgläubigen Besitzer gewährt wurde, entsprach dem deutschrechtlichen Grundsatz von der Bedeutung des Besitzes für die Erkennbarkeit dinglicher Rechte und vom Schutz des gutgläubigen Besitzers.

Die Bestimmung des I 10 § 25 ALR., die in Uebereinstimmung mit der bis ins 18. Jahrhundert überwiegenden Lehre dem Käufer Schutz gegen bösgläubige spätere Erwerber gibt, war also nach dem ganzen System des ALR. nicht nur historisch begründet, sondern auch systematisch folgerichtig und im Ergebnis gerechtfertigt.

III.

Die Literatur zum preußischen Recht ging zum großen Teil bei der Behandlung der einzelnen Bestimmungen des ALR. von dem System des römischen Rechts aus, obwohl dieses im Gegensatz steht zu dem des preußischen Rechts.

Bei Betrachtung der Entwicklung der Rechtslehre zu I 10 § 25 ALR. ist als besonders bedeutsam festzustellen, daß das allgemeine Landrecht nach seinem Inkrafttreten etwa 40 Jahre lang keine nennenswerte wissenschaftliche Durcharbeitung erfuhr. Erst in den dreißiger und besonders in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts erschienen eine Reihe von Lehrbüchern, die eine wissenschaftliche Darstellung des ALR. geben; so die Lehrbücher von Bornemann, Daniels, Fürstenthal, C. F. Koch. In dem Lehrbuch von Koch [1]) wird dies lange Schweigen der Wissenschaft darauf zurückgeführt, daß ein praktisches Bedürfnis für sie nicht bestanden habe. Die Praxis habe nicht mehr auf die Wissenschaft geachtet, sondern habe sich lediglich an die bindenden Entscheidungen der obersten Behörde gehalten. Die tiefere Ursache der Erscheinung wird wohl in

1) § 16 S. 71 ff.

der Entwicklung der Privatrechtswissenschaft selbst zu finden sein, die sich in dieser Zeit mit der historischen Schule dem reinen römischen Recht und der historischen Entwicklung des deutschen Privatrechts zugewandt hat. In dieser Zeit vollzog sich gegenüber den naturrechtlichen Lehren des 18. Jahrhunderts, auf die das ALR. sich gegründet hatte, eine bedeutsame Wandlung der Anschauung und eine Fortbildung der Systematik und theoretischen Begriffsbildung, welche die späteren Bearbeiter des preußischen Rechts in Gegensatz bringen mußte zu den im ALR. zum Ausdruck gebrachten Lehren [1]). Die bis zum 18. Jahrhundert stetig fortlaufende Entwicklung war abgebrochen.

So kommt es, daß die im 19. Jahrhundert entstandenen Lehrbücher des preußischen Rechts vielen Teilen des ALR. ablehnend gegenüberstehen oder den ursprünglichen Sinn des Gesetzes umdeuten, um die einzelnen Bestimmungen dem ihrer Anschauung entsprechenden System einzuordnen.

Die Unterscheidung zwischen dinglichem und persönlichem Recht wird von den Theoretikern des preußischen Rechts ganz im Sinne des römischen Rechts getroffen.

Im Lehrbuch des preußischen Rechts von C. F. Koch [2]) ist die Definition gegeben, daß das Vermögensrecht zwei Arten von Gegenständen habe: Sachen und Handlungen. Ist eine Sache unmittelbar Gegenstand des Rechts, so heiße das Recht dinglich. Geht das Recht zunächst auf eine fremde Handlung, so heiße es persönliches Recht. Ebenso ist im Lehrbuch des preußischen Rechts von Förster-Eccius [3]) als Unterscheidungsmerkmal zwischen dinglichem und persönlichem Recht bezeichnet, daß beim dinglichen Recht die Sache unmittelbar der Herrschaft des Subjekts unterworfen sei, während beim persönlichen Recht die Willenstätigkeit anderer stattfinden müsse.

Diese Begriffsbestimmung entspricht der in der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts für das Römische Recht herrschenden Auffassung [4]). Ist es aber, wie sich hieraus ergibt, ein notwendiges Merkmal der Obligation, daß ihr Gegenstand nur die Handlung, die Willenstätigkeit eines andern sein könne, dann kann die Obligation nicht Wirkungen gegen Dritte erzeugen, da die Willenstätigkeit des Schuldners sich hierauf nicht erstrecken kann. Das persönliche Recht unterscheidet sich vom dinglichen gerade darin, daß es nicht gegen Dritte verfolgbar ist. Eine beschränkte Wirkung der Obligationen gegen Dritte erscheint bei dieser Art der Unterscheidung nicht folgerichtig.

Bei Behandlung der Frage nach dem Rechtsgrund der Vorschrift des I 10 § 25 ALR. entsteht daher für die Bearbeiter des ALR. das

---

1) Vgl. hierzu Dernburg 4, § 12, S. 23.
2) S. 99, 277 ff.
3) Bd. I 4, § 23, S. 123 ff., Note 2 ff.; Bd. III, § 1, S. 1 ff.
4) Savigny, System Bd. I, S. 339, S. 367 ff.

Problem, wie das Recht zur Sache des ALR. dem am römischen Recht ausgebildeten System von Obligationen- und Sachenrecht einzugliedern sei, und ob eine solche Einordnung überhaupt möglich sei.

1. Förster[1]) kommt zu einer Verneinung dieser Frage. Ihm bedeutet das Recht zur Sache des ALR. nur eine „Verwirrung der Grenzen" zwischen persönlichem und dinglichem Recht. Ausgehend von der römisch-rechtlichen Definition des persönlichen und dinglichen Rechts lehnt Förster zunächst die Auffassung ab, daß das Recht zur Sache etwa als relativ dingliches Recht angesehen werden könne, d. h. als ein Recht, das zwar eine Sache zum Gegenstand habe, aber nur gegen bestimmte Personen gerichtet sei. Dies widerspreche dem Begriff des dinglichen Rechts. Während Savigny[2]) es für möglich hält, daß ein dingliches Recht sich nur gegen bestimmte Personen richtet, vertritt Förster[3]) den Standpunkt, daß jedes dingliche Recht absolut, d. h. daß „die Absolutheit eine wesentliche Eigenschaft des dinglichen Rechts" sei. Förster kommt daher zu dem Ergebnis, daß das Recht zur Sache nur ein persönliches Recht sei, wie dies auch das ALR. in I 2 § 135 deutlich ausgesprochen habe. An einem nur persönlichen Recht kann Förster jedoch einen Rechtsgrund für die Wirkung gegen einen Dritten, wie sie in I 10 § 25 ALR. festgesetzt ist, nicht sehen. Er führt daher aus, daß I 10 § 25 ALR. nur die Bedeutung der Regelung eines einzelnen Kollisionsfalles habe, und daß die Art der Regelung ihren Grund in zufälligen Umständen, in Zutaten habe.

Ebenso wird die Bestimmung des I 10 § 25 abgelehnt von Temme[4]). Es heißt dort S. 269 in § 83: „Der Mangel eines richtigen Prinzips in dieser Bestimmung leuchtet ein."

Auch Baron[5]) hält die Bestimmung des I 10 § 25 ALR. nicht für gerechtfertigt. Ebenso wie Förster geht er aus von der Definition Savigny's über die Abgrenzung zwischen dinglichem und persönlichem Recht und kommt zu dem Ergebnis, daß I 10 § 25 ALR. vom Standpunkt der juristischen Konsequenz aus gänzlich zu verwerfen sei. In der Begründung weicht seine Auffassung allerdings von der Ansicht Förster's ab. Er betrachtet die Bestimmung als den Ausdruck des Prinzips, daß der Wille des Schuldners durch den obligatorischen Vertrag a b s o l u t gebunden sein solle, mit der Wirkung, daß er die Sache nicht zweimal veräußern könne. Eine absolute Bindung sei jedoch nur bei Sachenrechten gerechtfertigt, denn nur die Herrschaft über unfreie Sachen könne absolut sein; bei obligatorischen Rechten jedoch bestehe der freie Wille des Schuldners, der nur mittelbar beeinflußt werden könne. Es müsse daher notwendig

1) Bd. III[4], S. 6, Note 21.
2) S a v i g n y, System Bd. V, S. 24 ff.
3) Bd. III[4], S. 5.
4) T e m m e, Lehrbuch des preuß. Rechts I, Bd. 2, Ausg. 1846.
5) Abhandlungen, S. 136 ff.

in der Macht des Schuldners liegen, dieselbe Sache einem zweiten Gläubiger zu veräußern, ohne daß der erste Gläubiger ein Recht gegen ihn erlange. Wenn aber trotzdem eine solche absolute Bindung festgesetzt werde, dann dürfte folgerichtig auch kein Unterschied bestehen zwischen einem redlichen und unredlichen zweiten Erwerber. Daher kommt Baron zu dem Ergebnis, der Umstand, daß nur gegen den bösgläubigen zweiten Erwerber ein Anspruch des ersten Erwerbers bestehe, sei eine Inkonsequenz zum Schutz des redlichen zweiten Erwerbers. Baron findet also eine doppelte Inkonsequenz in I 10 § 25 ALR.: Einmal die, daß überhaupt eine absolute Bindung festgesetzt werde, zum andern, daß dann wieder die Folge auf den unredlichen zweiten Erwerber beschränkt sei. Es liegt nahe, dagegen einzuwenden, daß eben bei der Beschränkung auf den unredlchen zweiten Erwerber eine absolute Bindung gar nicht angenommen werden kann.

2. Im Gegensatz zu dieser Auffassung bei Förster—Eccius und Baron ist der Unterschied zwischen dem System des Preußischen und des römischen Rechts von Dernburg und Bornemann hervorgehoben.

Bornemann [1]) lehnt die Anwendung römisch-rechtlicher Systematik auf das preußische Recht ab, wie im Eingang seines Lehrbuches ausdrücklich bemerkt wird, da dies nur zu Mißverständnissen führen könne. Er faßt die Definition von dinglichem und persönlichem Recht so, daß die Bestimmung des I 10 § 25 ALR. nicht außerhalb dieser Begriffe zu stehen brauchte. Für das persönliche Recht ist ihm kennzeichnend die unmittelbare Verbindung mit einer bestimmten Person und die Einwirkung auf deren im übrigen freibleibenden Willen. Es werde durch sie nur ein Anspruch gegen eine bestimmte Person begründet. Von etwaigen Einwirkungen Dritter auf dieselbe Person und deren Rechtskreis werde jedoch der persönlich Berechtigte dann mit angegriffen, wenn er und der Dritte zu gleicher Zeit Ansprüche erheben, welche einander zerstören oder doch vereint nicht erfüllt werden können, wenn also eine Kollision ihrer Rechte eintrete. Es ist also bei Bornemann die Möglichkeit einer Kollision persönlicher Rechte und damit die innere Berechtigung der gesetzlichen Regelung einer solchen Kollision grundsätzlich bejaht. Trotzdem hält auch er die in I 10 § 25 ALR. getroffene Regelung „nach starrem Recht“ nicht für gerechtfertigt, jedoch spreche für diese Bestimmung „die Konsequenz der Sittlichkeit“ [2]).

Dernburg [3]) begründet den Unterschied zwischen römischem und preußischem System in folgender Weise: er weist darauf hin, daß die Obligation zwei Seiten zeige: die Handlung, die vom Schuldner vorzunehmen ist und den Erfolg, der durch die Handlung herbeige-

1) Systematische Darstellung des Pr. Z. R., 2. Aufl. 1842, Bd. I, S. 185 ff.
2) S. 130, Note 1.
3) Bd. II 4, § 1, S. 1 ff.

führt wird. Bei den Obligationen auf dare oder tradere ist die Handlung das Verschaffen oder Geben der Sache, der Erfolg des Erhalten der Sache durch den Gläubiger. Entsprechend diesen beiden Seiten der Obligationen ergeben sich zwei Seiten der Betrachtung. Es kann die Handlung als das Wesentliche in den Vordergrund treten, wie es im römischen Recht der Fall sei. Im modernen Recht, insbesondere im preußischen allgemeinen Landrecht, überwiege der Erfolg, das Sachliche. Als Beispiel für diese Einstellung wird die Bestimmung des I 10 § 25 ALR. genannt. Dieser Regelung des I 10 § 25 ALR. liege die Anschauung zugrunde, daß das Veräußerungsgeschäft die Sache selbst verhafte [1]).

3. Auf diesen letzten Gesichtspunkt (Verhaftung der Sache selbst) versucht Ziebarth in der Schrift „Die Realexekution und die Obligation" seine Erklärung des Rechts zur Sache zu gründen. Ausgangspunkt der Betrachtung ist auch bei ihm, daß Inhalt der Obligation das Recht auf eine Handlung ist. Jedoch bestimmt er eine andere Abgrenzung dieses Satzes dadurch, daß er als Erfordernis bezeichnet: was Inhalt des Rechts sein soll, muß erzwingbar sein; was erzwingbar wird, ist Inhalt des Rechts. Diese Erzwingbarkeit wird von Ziebarth in engem Sinne verstanden: wenn nicht durch Zwangsmittel, wie das im römischen Recht der Fall war, die Handlung selbst erzwingbar ist, sondern nur eine Geldsumme als Ersatz der Handlung, dann ist die Handlung nicht mehr Inhalt des Rechts [2]). Ziebarth führt nun weiter aus [3]), daß in der Praxis und nach der Ansicht neuerer Schriftsteller bei Obligationen auf dare und tradere Realexekution, Vollstreckung in die zu übergebende Sache stattfinde. Das Recht auf dare und tradere einer bestimmten Sache und das dingliche Recht ständen sich danach in ihrer praktischen Bedeutung insofern gleich, als bei beiden die Sache selbst erzwingbar sei. Der Unterschied bestehe nur darin, daß das Recht auf dare und tradere sich gegen eine bestimmte Person, das dingliche Recht sich gegen alle richte. Im Gegensatz zu der insbesondere von Förster vertretenen Auffassung, daß das dingliche Recht notwendig absolut sein müsse, sieht Ziebarth das Wesen der Dinglichkeit nicht in der Absolutheit, sondern allein in dem unmittelbaren Gewaltverhältnis zur Sache [4]). Maßgebend soll nur sein, daß bei den Rechten auf Sachen die Sache, bei Rechten auf Handlungen die Handlung erzwingbar sein müsse. Hieraus ergibt sich die Folgerung, daß die Obligationen auf dare und tradere einer bestimmten Sache, das Recht zur Sache des preußischen ALR., als relativ dingliches Recht anzusehen sei [5]). So wird aus dem Institut der Realexekution ein neuer sachenrecht-

---

1) Bd. I [5], S. 419 f.
2) S. 37 ff.
3) S. 171 ff.
4) S. 203.
5) S. 179 ff.

licher Begriff abgeleitet. Nur kurz weist Ziebarth darauf hin, daß das Institut der Realexekution wiederum seine Ursache im älteren deutschen Recht habe, wonach schon das Versprechen die Sache ergreift[1]).

Dieser Gesichtspunkt wurde von Ziebarth nicht weiter ausgearbeitet, obwohl er seiner Bestimmung des Rechtes zur Sache als eines relativ dinglichen Rechts eine schärfer begründete Rechtfertigung hätte geben können. Die Entwicklung führt, wie wir gesehen haben, vom älteren deutschen Recht, nach welchem schon das Versprechen die Sache ergreift, unmittelbar zu dem Recht zur Sache in der Lehre des 18. Jahrhunderts und im ALR.; demgegenüber erscheint die Erklärung aus der Realexekution, die auf dasselbe ältere Recht zurückgeführt wird, als ein Umweg. Außerdem ist der von Ziebarth gegebene Schluß von der Realexekution auf den Inhalt des Rechts des Käufers nicht gerechtfertigt. Die Realexekution ist der Ausdruck der Haftung und ist als solche von der Schuld zu unterscheiden. Die Haftung kann nie die Leistung selbst geben, die Gegenstand der Schuld war, sondern immer nur einen Ersatz für die Leistung[2]). Darum ist es nicht richtig, zu sagen, daß die Handlung nicht Inhalt des Rechts sein könne, wenn sie nicht unmittelbar erzwingbar ist. Andererseits kann auch aus der Realexekution nicht ohne weiteres eine unmittelbare Beziehung des Gläubigers zur Sache gefolgert werden. Die Wegnahme von Sachen beschränkt sich nicht auf Sachhaftung, sondern findet auch bei der persönlichen Haftung statt, als eine Entwicklungsform der Personenhaftung[3]).

Die Konstruktion Ziebarths hat in der Theorie vielfach Kritik gefunden. So wird sie abgelehnt von Förster[4]) mit der Begründung, daß die Exekution für die Natur eines Rechtes nicht maßgebend sein könne, da die rechtskräftige Verurteilung dazwischen liege.

4. Ebenso wie die Lehre vom jus ad rem wurde auch die Lehre vom titulus und modus acquirendi in der Theorie des 19. Jahrhunderts abgelehnt. Damit hatte das Recht zur Sache, das nach ALR. Titel zum Erwerb des Eigentums ist und als solcher eine besondere Stellung einnehmen konnte, auch in dieser Hinsicht seine innere Rechtfertigung verloren[5]).

In den Lehrbüchern des 19. Jahrhunderts zum preußischen Recht wird die Lehre vom titulus und modus acquirendi des ALR. entsprechend dieser allgemeinen Auffassung grundsätzlich ablehnend beurteilt, jedoch aus der geschichtlichen Entwicklung erklärt. So weist

1) S. 183.
2) v. Schwerin, Schuld und Haftung, S. 9.
3) v. Schwerin, a. a. O. S. 10.
4) Vgl. Hugo, Civilist. Magazin, 4. Bd. 1813, S. 137 ff.
5) Bd. III[4], S. 5; vgl. ferner v. Brünneck, S. 5.

insbesondere Daniels [1]) auf den Einfluß der deutschrechtlichen Verfassung hin. Förster [2]) führt aus, die Unterscheidung beruhe auf dem Mißverständnis, daß die causa der traditio in dem vorangegangenen Rechtsgeschäft gefunden werde; die causa sei vielmehr der Uebertragungswille des Tradenten, der durch das vorangegangene Rechtsgeschäft nur erläutert werde. Die Ursache des Irrtums der älteren im ALR. durchgeführten Lehre sei in der Anwendung römischer Quellen auf deutsches Recht zu finden.

Da jedoch mit dem Thema des Doppelverkaufs nur ein mittelbarer Zusammenhang besteht, ist auf diese Lehre nicht näher einzugehen. Ueber die sich ergebenden Streitfragen, insbesondere über den Zusammenhang mit der Konduiktionenlehre, vgl. Förster [4] III, S. 260 ff., Dernburg [5] I, S. 576, Koch, S. 227 ff.

IV.

Es ist nun die Frage zu behandeln, welches im einzelnen die Wirkungen des Rechts zur Sache nach I 10 § 25 ALR. hinsichtlich der Rechtsstellung des ersten und des zweiten Käufers und ihres Verhältnisses zueinander und gegenüber dem Verkäufer sind.

1. Die Rechtsstellung des ersten Käufers: Gegenüber dem Verkäufer ergibt sich aus dem Recht zur Sache der obligatorische Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, der als solcher keine Besonderheiten zeigt. Lediglich Baron [3]) vertritt die Ansicht, daß der Wille des Schuldners durch den obligatorischen Vertrag absolut gebunden sei, mit der Wirkung, daß er die Sache nicht zweimal veräußern und ein zweiter Verkauf nicht wirksam sein könnte. Dies wird sonst nirgends in der Literatur behauptet. Vielmehr ist der Verkäufer nicht gehindert, eine nochmalige Veräußerung der Sache vorzunehmen, vorbehaltlich seiner Pflicht, dem ersten Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, wenn er die Sache nicht mehr erhalten kann.

Dagegen zeigt sich die Besonderheit des Rechts zur Sache in dem Verhältnis des ersten Käufers gegenüber dem zweiten Käufer. Aus dem Wortlaut des I 10 § 25 ALR. ergibt sich, daß der erste Käufer unmittelbar vom zweiten Käufer die Herausgabe der Sache verlangen kann; dieser direkte Herausgabenanspruch wurde in Theorie und Rechtsprechung allgemein anerkannt [4]). Dabei wurde die Frage geprüft, welcher Art der Herausgabenanspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer sei. Die Theoretiker des preu-

1) System, S. 221, Note 5.
2) Bd. I [4], S. 137 ff.
3) Abhandlungen, S. 136 ff.
4) Vgl. Dernburg, Bd. I [5], S. 419 ff., Koch, S. 241, Baron, S. 135 und die dort zitierte Entscheidung des Obertribunals vom 26. 9. 48, Präjudiz Nr. 2059, Entscheidung des Obertribunals vom 26. 6. 51, abgedruckt bei Gruchot VIII, S. 610.

ßischen Rechts stellten diese Frage dahin, welche „Klage“ aus I 10 § 25 ALR. dem ersten Käufer zustehe. Darin zeigt sich der Einfluß des römisch-rechtlichen Aktionensystems. Nach ALR. gibt es nicht nur bestimmte einzelne actiones, sondern es kann aus jedem Recht geklagt werden, ohne daß es der Zuordnung einer actio, einer bestimmten Klage bedarf [1]). Allerdings wird der Ausdruck „Klage“ von den Theoretikern des preußischen Rechts nicht mehr in dem Sinne der römischen actio gebraucht; trotzdem blieb noch die Einteilung in die verschiedenen Klagen, in anderer Weise, als heute etwa nach der Art der „Ansprüche“ unterschieden wird.

Welche Klage nun dem ersten Käufer zustehe, wird je nach der Auffassung über die Natur des Rechts zur Sache verschieden beantwortet. So wird von dem Standpunkt aus, daß das Recht zur Sache ein persönliches Recht sei, das im Ausnahmefall des I 10 § 25 ALR. Wirkung gegen Dritte zeige, auch die actio des ersten Käufers als persönliche Klage betrachtet. Dernburg [2]) führt aus, daß dem zur Sache Berechtigten eine persönliche Klage wegen dolus des zweiten Erwerbers zustehe; als dinglich könne die Klage nicht angesehen werden, da sie nicht gegen jeden Dritten gerichtet sei und kein Vorrecht im Konkurs gebe. Es handle sich auch nicht um eine Vertragsklage, da sie nicht gegen einen Vertragskontrahenten gerichtet sei. Eine ähnliche Auffassung findet sich auch bei Temme [3]).

Ein anderer Gesichtspunkt ist in Barons Abhandlungen angedeutet. Er führt aus: „Es entsteht dabei die Frage, ob der zweite Käufer durch die Uebergabe das Eigentum erlangt und nur persönlich zu dessen Abtretung an den ersten Käufer verpflichtet ist, oder ob er trotz der Uebergabe das Eigentum nicht erlangt, und zugleich die Pflicht des Verkäufers, die Sache zu übergeben, überkommen hat“ [4]). Da Baron in seinen weiteren Ausführungen zu dem Schluß kommt, daß der zweite Käufer im Verhältnis zum ersten Käufer kein Eigentum erlangt, muß also nach seiner Ansicht die zweite Alternative zutreffen, wonach der zweite Käufer zugleich die Pflicht des Verkäufers zur Uebergabe überkommen haben soll. Damit soll wohl zum Ausdruck kommen, daß die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag mit dem ersten Käufer auf den zweiten Käufer übergegangen sei, so daß dann dem ersten Käufer ein vertraglicher Anspruch gegen den zweiten Käufer zustehen würde.

C. F. Koch [5]) vertritt die Ansicht, daß dem zur Sache Berechtigten die entsprechende dingliche Klage analog (utiliter) zustehe; das Recht zur Sache werde gegenüber dem zweiten Erwerber

---

1) Vgl. Dernburg, Bd. I 4, § 124, Note 6, ALR. Einl. § 76.
2) Preußisches Privatrecht [5], Bd. I, S. 419 ff.
3) Handbuch, S. 270.
4) Abhandlungen, S. 134 bei Note 3.
5) Lehrbuch, S. 422, Note 3, S. 421.

der Sache als dinglich fingiert. Ziebarth [1]) dagegen, welcher das Recht zur Sache als relativ dingliches Recht betrachtet, ist der Auffassung, daß dem zur Sache Berechtigten eine dingliche Klage gegen den zweiten Erwerber zustehe, die er als eine besonders ausgestaltete dingliche Klage des deutschen Rechts neben die anderen dinglichen Klagen stellt.

Es entsteht weiter die Frage, ob der erste Käufer das Eigentum an der Sache erhält, wenn er die Herausgabe der Sache vom zweiten Käufer erlangt hat. Bevor jedoch auf diese Frage näher eingegangen werden kann, ist zu prüfen, welches Recht der zweite Käufer erlangt hatte.

2. Der zweite Käufer hat im Fall des I 10 § 25 ALR. den Besitz der Sache aufgrund eines rechtsgültigen Titels erlangt. Wenn also der Verkäufer Eigentümer war, so war die Uebergabe nach I 10 § 1 ff. ALR. geeignet, das Eigentum an der Sache auf den zweiten Käufer zu übertragen.

Der zweite Käufer hat aber zur Zeit der Uebergabe [2]) den älteren Titel des ersten Käufers gekannt und darum kann der erste Käufer die Herausgabe der Sache von ihm verlangen. Das Recht zur Sache des ersten Käufers und der böse Glaube des zweiten Käufers bewirken, daß der zweite Käufer die Sache herauszugeben hat. Es fragt sich daher, ob der zweite Käufer überhaupt Eigentum an der Sache erlangt hatte, oder ob das entgegenstehende Recht zur Sache und der Mangel des guten Glaubens den Eigentumserwerb hindern.

Von einigen Autoren wird die Ansicht vertreten, daß das letztere zutreffend sei, so daß also der zweite Käufer kein Eigentum erlangt hätte [3]). Da ein dingliches Recht nicht zur Entstehung gekommen sei, entscheide allein das persönliche Recht darüber, wem die Sache zustehe. Jedoch gerade wenn das Recht zur Sache nur als persönliches Recht aufgefaßt wird, erscheint die ihm zugeschriebene Wirkung, daß der Eigentumserwerb des zweiten Käufers gehindert werde, als zu weitgehend.

In I 10 § 25 ALR. ist auch nur gesagt, daß der zweite Käufer die früher erhaltene Uebergabe zum Nachteil des ersten Erwerbers nicht geltend machen darf. Anderen Personen gegenüber ist der zweite Käufer als Eigentümer anzusehen, nicht aber gegenüber dem ersten Käufer. Der Eigentumserwerb des zweiten Käufers wird daher als relativ unwirksam anzusehen sein. Das Recht zur Sache soll seinem rechtlichen Grund nach nur beschränkt

---

1) Realexekution und Obligation, S. 183 f., 212 f.

2) Dieser Zeitpunkt wurde allgemein als entscheidend betrachtet für den guten Glauben, vgl. z. B. Förster-Eccius, Bd. III, S. 5.

3) Fürstenthal, Zivilrecht, § 240; Daniels, System S. 222, Note 1; Löher, System S. 94 ff., S. 124 ff.

gegen Dritte geschützt werden, so daß auch der Erwerb eines entgegenstehenden dinglichen Rechts nur in beschränktem Umfang gehindert sein kann. Die relative Unwirksamkeit des Eigentumserwerbs wird so aufzufassen sein, wie sie nach heutigem Recht für den Fall eines Veräußerungsverbotes nach § 135 BGB. bestimmt wird. Ebenso wie in diesem Falle, der allerdings einen andern Sachverhalt voraussetzt, soll nach I 10 § 25 ALR. zugunsten einer bestimmten Person, nämlich des ersten Käufers, der Erwerb der Sache durch den zweiten Käufer unwirksam sein.

Die Auffassung, daß der Eigentumserwerb gegenüber dem ersten Käufer als unwirksam, im übrigen aber als wirksam anzusehen sei, wird auch in der Literatur über das Recht zur Sache vertreten, wenn auch der Ausdruck „relative Unwirksamkeit" nicht gebraucht wird. So führt Engelmann [1]) aus, daß die Kenntnis des älteren Titels den Eigentumserwerb des zweiten Erwerbers nicht absolut ausschließe. C. F. Koch [2]) nimmt an, daß das Recht des ersten Käufers gegenüber dem zweiten Erwerber als dinglich fingiert werde. Es werde fingiert, daß der erste Käufer die Uebergabe erhalten habe vermöge der Unredlichkeit des jüngeren Erwerbers. Dieser könne sich dem ersten Käufer gegenüber auf seinen unredlichen Besitz nicht berufen. Baron [3]) führt aus, es solle so angesehen werden, als ob keine Uebergabe an den zweiten Erwerber geschehen sei. Mit Klarheit ist die relative Unwirksamkeit des Erwerbs durch den zweiten Käufer bei Ziebarth [4]) zum Ausdruck gebracht: der unredliche Dritte habe zwar ein absolutes dingliches Recht erworben; gegenüber dem besser berechtigten ersten Käufer sei er jedoch nichts als ein unberechtigter unredlicher Besitzer.

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß das frühere Recht zur Sache überhaupt keine Wirkung auf den Erwerb durch den zweiten Käufer habe. So heißt es bei Förster—Eccius [5]), die Bestimmung des I 10 § 25 ALR. habe nicht die Bedeutung, daß der gute Glaube ein drittes Erfordernis in dem Bildungsprozeß der Dinglichkeit neben Titel und Modus sei.

3. Die Frage, ob der zweite Käufer ein absolutes dingliches Recht erwirbt, ist deshalb von Bedeutung, weil von ihrer Entscheidung die Wirkung inzwischen von ihm vorgenommener Verfügungen und die Stellung seines Rechtsnachfolgers abhängt.

Folgt man der Ansicht, daß der zweite Käufer kein Eigentum erworben habe, so kann auch dessen Rechtsnachfolger nicht Eigentümer werden, da es einen gutgläubigen Eigentumserwerb vom

---

1) Preußisches Privatrecht, S. 161.
2) Prozeßpraxis, S. 179.
3) Abhandlungen, S. 135 und 141.
4) Realexekution und Obligation, S. 212.
5) Preußisches Privatrecht [4], Bd. III, S. 5.

Nichteigentümer nach ALR. nicht gibt. Dann würde man folgern müssen, daß der Rechtsnachfolger zur Herausgabe der Sache an den ersten Käufer verpflichtet ist, bei Gutgläubigkeit allerdings nur gegen Erstattung des Kaufpreises, da auch der redliche Erwerber einer fremden Sache sie nur gegen Erstattung des Kaufpreises an den Eigentümer zurückzugeben verpflichtet ist (ALR. I 15 § 26, § 44).

Nimmt man dagegen an, daß der Eigentumserwerb des zweiten Käufers durch das ältere Recht zur Sache nicht berührt werde oder daß der Erwerb nur relativ unwirksam sei, dann folgt daraus, daß eine Wirkung für den Rechtsnachfolger nur eintreten kann, wenn dieser ebenfalls das Recht zur Sache des ersten Käufers gekannt hat. In Koch's Prozeßpraxis [1]) ist dies ausdrücklich gesagt: „Gegen dessen (des zweiten Käufers) Besitznachfolger, welcher von den Umständen bei seiner Erwerbung nichts wußte, findet die Klage nicht statt." Im übrigen ist diese Frage, soweit ich feststellen konnte, in der Literatur nicht behandelt.

4. Wenn der zweite Käufer aufgrund des Rechts zur Sache des ersten Käufers diesem die Sache herausgegeben hat, dann ist weiter zu prüfen, ob der erste Käufer nunmehr unter der Voraussetzung, daß der Verkäufer Eigentümer war, durch die Uebergabe seitens des zweiten Käufers das Eigentum an der Sache erlangt. Man könnte deswegen daran zweifeln, weil der auf dem Kaufvertrag beruhende Titel zum Erwerb des Eigentums zunächst nur gegen den Verkäufer gerichtet war, vor allem aber, weil der zweite Käufer gegenüber dem ersten Käufer nicht als Eigentümer gilt und somit an ihn kein Eigentum übertragen könnte. Nach heutigem Recht würde bei dieser Sachlage ein Eigentumsübergang nur stattfinden, wenn von dem Verkäufer als dem Eigentümer eine Erklärung nach § 391 oder § 929 Satz 2 BGB. abgegeben würde. Eine solche Erklärung wird dann auch im Fall des § 135 BGB. gefordert. Das Recht des nach § 135 BGB. Geschützten wird dadurch zu verwirklichen sein, daß er denjenigen, der die relativ unwirksame Veräußerung vorgenommen hat, zur Abtretung des Eigentumsanspruches zwingt [2]).

Nach preußischem Recht ist aber eine solche Erklärung des Verkäufers nicht für notwendig zu erachten, sondern der erste Käufer wird unmittelbar durch die Uebergabe seitens des zweiten Käufers Eigentümer der Sache. Es heißt in I 2 § 135 ALR.: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, dann entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache." Danach kommt es nicht darauf an, von wem die Uebergabe der Sache bewirkt wird, wenn sie nur aufgrund des Rechts zur Sache erfolgt ist. Diese Auslegung der Bestimmung entspricht dem Sinn der Lehre vom titulus

1) Prozeßpraxis, S. 180.
2) Vgl. Enneccerus, § 135, II, 2.

und modus acquirendi: ist die Verschaffung des Besitzes nur ein faktisches Erfordernis, das zu dem Titel hinzutritt, nicht aber der Bestandteil eines abstrakten dinglichen Vertrages wie nach heutigem Recht, dann ist es nicht entscheidend, wer dem zur Sache Berechtigten den Besitz verschafft. Es kommt nur darauf an, daß die faktische Besitzeinräumung aufgrund des Rechts zur Sache erfolgt, und das trifft im vorliegenden Fall zu, da der zweite Käufer die Sache gerade wegen des Rechts zur Sache des ersten Käufers herausgeben mußte.

Dernburg [1]) führt aus, daß es hinreichend sei zum Eigentumserwerb, wenn derjenige, welcher ein auf Eigentumserwerb gerichtetes Geschäft geschlossen hat, den Besitze sine vitio erhielt, gleichgültig von wem. Denn dem etwa vindizierenden Eigentümer stehe die exceptio doli entgegen. Diese Einrede würde den Erwerber aber nur gegenüber dem Veräußerer schützen, sodaß m. E. der Erwerb eines absoluten dinglichen Rechts daraus allein nicht abgeleitet werden kann, sondern vielmehr auf dem Grundsatz vom titulus und modus acquirendi zurückgeführt werden muß.

5. Für die Rechtsstellung des zweiten Käufers ist nun weiter zu prüfen, welche Ansprüche ihm verbleiben gegenüber dem Verkäufer, wenn er die Sache dem ersten Käufer herausgegeben hat. Da ihm die Sache durch die Eviktion eines besser Berechtigten Dritten entzogen ist, würde ihm aufgrund seines Kaufvertrages der Gewährleistungsanspruch gegen den Käufer zustehen. Das ist aber deswegen nicht der Fall, weil er das bessere Recht des Dritten gekannt hat; dem unredlichen Käufer steht ein Gewährleistungsanspruch nicht zu [2]). Wer vom besseren Recht eines Dritten bezüglich der gekauften Sache Kenntnis hat, nimmt die Gefahr auf sich, daß er die Sache vielleicht herausgeben muß, und es kann ihm deshalb kein Ersatzanspruch zugebilligt werden. Wenn daher der zweite Käufer den Kaufpreis schon bezahlt hatte, kann er ihn nicht herausverlangen, denn dieses Recht würde ihm nur aufgrund des Gewährleistungsanspruchs zustehen. Dies scheint zunächst zu einem sonderbaren Ergebnis zu führen: der unredliche Verkäufer erhält vom ersten Käufer zu Recht den Kaufpreis, denn dieser hat ja jetzt die Sache erhalten. Der zweite Käufer hatte schon bezahlt und kann den Kaufpreis nicht herausverlangen. Hier greift aber eine Bestimmung des ALR. ein, die zwar dem Wortlaut nach nur den Verkauf einer fremden Sache behandelt, dem Sinne nach aber auf jeden Fall einer Eviktion, also auch auf den Fall des I 10 § 25 ALR. angewendet werden mußte; I 11 § 160 ALR. bestimmt nämlich für den Fall des Verkaufs einer fremden Sache an einen unredlichen Käufer: „Hat auch der Verkäufer gewußt, daß er eine fremde Sache als seine eigene

---

1) Preußisches Privatrecht, Bd. I [4], S. 600, Note 6.

2) Vgl. Bornemann, Bd. II, S. 334; Dernburg, Bd. II [4], S. 399, Note 4; vgl. ALR. I, 11, § 159.

verkauft, so fällt alles, was er aus dem Vertrag an Kaufgeld oder sonst erhalten hat, dem Fiskus anheim.“ Es sollte also der böswillige Verkäufer nicht einen Gewinn daraus behalten, daß sein Vertragsgegner keinen Anspruch gegen ihn hatte[1]). Dieselbe Erwägung trifft auch im Fall des I 10 § 25 ALR. zu, sodaß entsprechende Anwendung gerechtfertigt erscheint. Danach hatte also der Verkäufer den vom zweiten Käufer gezahlten Preis an den Fiskus herauszugeben.

Etwas anderes gilt nach ALR. nur dann, wenn Verkäufer und Käufer einer fremden Sache zwar wissentlich, aber nicht in unredlicher Absicht gehandelt haben. Das ist dann möglich, wenn die Parteien den Vertrag mit dem Willen abgeschlossen haben, den wahren Berechtigten von der Geltendmachung seines Anspruchs abzubringen, z. B. durch anderweite Leistungen an ihn. Dann ist das Geschäft als Vertrag über die Handlung eines Dritten aufzufassen nach I 11 § 139 ALR. Der Verkäufer haftet in diesem Fall nur dafür, daß er sich um Erlangung der Zustimmung des wahren Berechtigten bemüht[2]). In ähnlicher Absicht kann auch der zweite Verkauf einer Sache geschehen. Dann ist I 11 § 160 ALR. nicht anwendbar.

Die Regelung in I 11 § 160 ALR. ist besonders bemerkenswert, da mit einer öffentlichrechtlichen Bestimmung, nämlich mit der Festsetzung der Herausgabepflicht an den Staat, in das privatrechtliche obligatorische Rechtsverhältnis zwischen den Parteien eingegriffen wird. Hier tritt auch gegenüber dem Privatrecht die wohlfahrtspolizeiliche Einstellung des 18. Jahrhunderts hervor.

2. Kapitel: Rechtsstellung mehrerer Käufer derselben Sache vor Uebertragung des Besitzes an einen von ihnen.

I.

Die Bestimmung des I 10 § 25 ALR. hat sich als eine Wirkung des Grundsatzes ergeben, daß schon dem Vertragsabschluß als der notwendigen Voraussetzung des dinglichen Rechts eine besondere Bedeutung zukommt, aufgrund deren im Fall der Veräußerung an einen bösgläubigen zweiten Käufer nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entscheidend ist. Der erste Käufer wird allein aufgrund des Kaufvertrages gemäß I 10 § 25 ALR. geschützt.

Es entsteht daher die Frage, ob nicht der erste Käufer dann schon geschützt ist, wenn auch dem zweiten Käufer die Sache noch nicht übergeben wurde, sondern beide Käufer als nur zur Sache Be-

1) Förster Eccius, Bd. I, 6. Aufl. 1892, S. 251 zu Note 68.
2) Vgl. Dernburg, Bd. II[5], S. 358 zu Note 24.

rechtigte dem Verkäufer gegenüberstehen. Da das ältere Recht zur Sache selbst gegenüber einem Recht an der Sache durchdringt, so muß es umsomehr einem jüngeren Recht zur Sache vorgehen.

Jedoch wie könnte sich der Vorrang des älteren Rechts zur Sache vor dem jüngeren Recht zur Sache zeigen? Solange die zweimal verkaufte Sache keinem der Käufer übergeben ist, scheint ein Streit zwischen ihnen um diese Sache noch nicht in Frage zu kommen. Nach dem System des Römischen Rechtes wäre ein derartiger Konflikt zwischen zwei Gläubigern eines Schuldners ausgeschlossen. Jeder Gläubiger hat seine Forderung gegen den Schuldner und hat sich nur an seinen Schuldner zu halten, andere Gläubiger gehen ihn nichts an und zu ihnen steht er in keinerlei Beziehung. Es kommt für ihn nur darauf an, zunächst den Besitz der Sache zu erlangen, dann kann ihm sein Recht an der Sache nicht mehr streitig gemacht werden.

Nach ALR. aber entscheidet, wie wir gesehen haben, nicht immer die Prävention, in der Erlangung des Besitzes, sondern das ältere Recht zur Sache, wenn dieses dem anderen Gläubiger bekannt war. Wenn also mehrere Gläubiger da sind, die auf Lieferung derselben Sache Anspruch erheben, so besteht schon vor der Uebergabe der Sache an einen der Gläubiger ein Interesse an der Feststellung, welches Recht zur Sache den Vorzug verdiene. Es erscheint daher gerechtfertigt, wenn dem zur Sache Berechtigten die Möglichkeit einer solchen Feststellung gegenüber anderen Gläubigern und gegenüber dem Schuldner gegeben wird.

Im ALR. ist hierüber folgende Bestimmung getroffen:

„I 10 § 21: Bei beweglichen Sachen hat unter mehreren, welche auf das Eigentum aus einem an sich rechtsgültigen Titel Anspruch machen, derjenige, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigentümer herrührt, der Regel nach den Vorzug.

I 10 § 23: Haben die Prätendenten insgesamt ihren Titel von einer und derselben Person, so entscheidet, auch bei beweglichen Sachen, der Zeitpunkt der früheren Entstehung dieses Titels.

I 10 § 23: Ist aber einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigentumsansprüche der Uebrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann dieselben entstanden sind."

I 10 § 21 behandelt den Sachverhalt, daß auf das Eigentum einer Sache Mehrere einen Anspruch erheben, die ihr Recht von verschiedenen Auktoren herleiten. Gleichgültig, welcher von den Prätendenten den Besitz der Sache erlangt hat, soll derjenige, der seinen Titel vom wahren Eigentümer herleitet, den Vorzug vor den anderen haben. Diese Bestimmung gibt also eine Regel für einen bestimmten Streitfall, dessen Entscheidung sich schon aus anderen materiellen Rechtssätzen des ALR. ergibt: Eigentum wird erworben

vom bisherigen Eigentümer durch Titel und Uebergabe. Eigentumserwerb vom Nichteigentümer ist ausgeschlossen (I 10 § 3, I 15 § 42 ff. ALR.). Daher ist derjenige Eigentümer, dem die Sache zuerst übergeben worden ist. Ein neuer materieller Rechtssatz ist also durch I 10 § 21 ALR. nicht gegeben, sondern die Anwendung anderweit festgesetzter Rechtssätze auf einen bestimmten Streitfall.

Ebenso beziehen sich die folgenden §§ 22 und 23 I 10 ALR. auf einen bestimmten Streitfall, und zwar setzen sie im Gegensatz zu den vorhergehenden Paragraphen voraus, daß die verschiedenen Prätendenten sich auf denselben Auktor berufen. Aber aus diesen Sätzen I 10 §§ 22 und 23 ist nicht wie aus dem vorhergehenden Satz klar zu entnehmen, welcher Streitfall gemeint ist, und aus welchen materiellen Rechtssätzen die getroffene Entscheidung begründet werden soll.

I 10 § 23 ALR. behandelt den Fall, daß einer der Prätendenten den Besitz der Sache erlangt hat, der andere nicht. Wenn der gemeinsame Auktor Eigentümer war, so hat der, welcher von ihm den Besitz erlangt hat, das Eigentum an der Sache erworben und geht den andern Prätendenten deshalb vor, es sei denn, daß er wegen Bösgläubigkeit nach I 10 § 25 ALR. zur Herausgabe verpflichtet ist. War der gemeinsame Auktor nicht Eigentümer, so soll ebenfalls derjenige, der den Besitz erlangt hat, dem andern vorgehen. In beiden Fällen kann es sich weder um einen Streit um das Eigentum an der Sache noch um den Besitz der Sache handeln, denn beides würde voraussetzen, daß die mehreren Prätendenten alle den Besitz erlangt haben. Das Wort „Eigentumsansprüche“ in I 10 §§ 22 und 23 kann daher nur den Sinn haben, daß streitig ist, wer die Uebergabe von dem gemeinsamen Auktor verlangen könne oder mit Recht erlangt habe. Es kann also etwa der erste Käufer einer Sache gegen den zweiten Käufer, der den Besitz der Sache erlangt hat, mit der Behauptung vorgehen, daß dieser nach I 10 § 25 ALR. zur Herausgabe verpflichtet sei. Demgegenüber würde sich der zweite Käufer auf I 10 § 23 ALR. berufen. — Ob I 10 § 23 ALR. daneben auch Anwendung findet, wenn beide Prätendenten den Besitz erlangt haben, und für deren Streit um das bessere Recht zum Besitz oder um das Eigentum eine Entscheidung gibt, wird noch zu prüfen sein. Unmittelbar betrifft das Gesetz zunächst den Fall, daß nur einer der Prätendenten den Besitz erlangt hat. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmung.

Im engen Zusammenhang mit I 10 § 23 ALR. steht die Bestimmung des I 10 § 22 ALR. Diese betrifft den Sachverhalt, daß noch keiner der Prätendenten den Besitz erlangt hat. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und ihrer Stellung vor § 23, in welchem erst unter Gegenüberstellung zu § 22 von Besitzerlangung durch einen der Prätendenten die Rede ist. Es ist nicht denkbar, daß I 10 § 22 ALR. in seinem ursprünglichen Sinn nur dann Anwendung finden soll, wenn beide Prätendenten den Besitz erlangt haben von

demselben Auktor und keiner von ihnen die Priorität des Besitzes nachweisen kann [1]). Diese Folgerung wird man zwar aus I 10 § 22 ALR. ableiten können; unmittelbar ist aber in dieser Bestimmung nicht davon die Rede. Es handelt sich vielmehr um einen Streit zwischen zwei nicht besitzenden, nur zur Sache berechtigten Gläubigern, der nach I 10 § 22 ALR. seine Regelung finden soll.

Die Entscheidung dieses Streitfalles ist dann in I 10 § 22 ALR. dahin getroffen, daß von den beiden zur Sache berechtigten Gläubigern derjenige den Vorzug habe, dessen Titel der ältere ist. Die beiden Käufer einer Sache stehen sich also nicht gleichberechtigt gegenüber, sondern der erste Käufer wird gegen spätere Erwerber geschützt, die den Besitz der Sache noch nicht erlangt haben. Er soll vor den andern Gläubigern die Uebertragung des Eigentums verlangen können.

Diese Auslegung des I 10 § 22 ALR. ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung. Sie entspricht aber auch der Bedeutung des jus ad rem. Wenn gegenüber einem besitzenden zweiten Erwerber im Fall des I 10 § 25 ALR. die Priorität entscheidet, so muß diese Prioritätswirkung sich auch schon zeigen, solange zwei nichtbesitzende Käufer sich gegenüberstehen. In beiden Fällen läßt sich dabei die Prioritätswirkung auf dieselben geschichtlichen und systematischen Grundlagen zurückführen. Die Bedeutung des Vertrages, der gemäß der Lehre vom titulus und modus acquirendi und vom jus ad rem notwendige Grundlage und Voraussetzung der Uebereignung ist, rechtfertigt es, daß aufgrund des Vertrages allein ein Vorrecht und Schutz des Gläubigers gegen spätere Erwerber eintritt.

Die geschichtliche Entwicklung bestätigt diese Auffassung: jeweils im Zusammenhang mit der Lehre vom jus ad rem wurde, wie von Brünneck nachweist, der Satz aufgestellt: bei mehreren zur Sache berechtigten Erwerbern, die den Besitz der Sache noch nicht erlangt haben, entscheidet der ältere Titel [2]). Derjenige Prätendent, dessen Recht zur Sache das ältere sei, könne Realexekution betreiben, der andere sei auf die Geldentschädigung angewiesen [3]).

Es ist noch hervorzuheben, daß der Vorzug des ersten Gläubigers ohne Rücksicht darauf eintritt, ob der zweite Käufer gutgläubig ist oder nicht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des I 10 § 22 ALR., in dem von der Kenntnis oder Nichtkenntnis des späteren Erwerbers nicht die Rede ist, im Gegensatz zu I 10 § 25 ALR. Der Schutz eines gutgläubigen zweiten Erwerbers wäre auch im Fall des I 10 § 22 ALR. nicht gerechtfertigt. Dieser Schutz kann nur in Verbindung mit dem Erwerb des Besitzes stattfinden. Das entspricht dem schon für den Fall des I 10 § 25 ALR. gefundenen Satz, daß sich

---

1) Bornemann, Bd. 2, S. 131; Förster-Eccius [4], Bd. III, S. 122, Nr. 34.

2) v. Brünneck, S. 20 Note 17, S. 54 Note 17, S. 32 Note 7.

3) v. Brünneck, S. 87 Note 34.

die beiden Prinzipien, nämlich der Schutz des früheren Titels und der Schutz des gutgläubigen Besitzes gegenüberstehen; nur der gutgläubige Besitzerwerb ist stärker als das Vorrecht des ersten Käufers, wie I 10 § 25 ALR. ergibt. Vor Besitzübertragung kommt der Schutz eines gutgläubigen zweiten Käufers auch schon deshalb nicht in Frage, weil es ja dem ersten Käufer immer noch möglich ist, dem zweiten Käufer von seinem Vorrecht Mitteilung zu machen. Dann kann der zweite Käufer nicht mehr in gutem Glauben den Besitz erwerben, und er wäre nach I 10 § 25 ALR. herausgabepflichtig, obwohl er vielleicht bei Vertragsabschluß gutgläubig war [1]). Es geht also nicht an, dem zweiten Käufer schon vor Uebergabe aufgrund seines guten Glaubens Schutz zu gewähren.

Es ergibt sich demnach: der erste Käufer hat ein Vorrecht vor dem zweiten Erwerber, solange dieser den Besitz noch nicht erlangt, oder den Besitz in bösem Glauben erlangt hat; dagegen schließt gutgläubiger Besitzerwerb des zweiten Käufers das Vorrecht des ersten Käufers aus.

II.

Bei der Nachprüfung, welche Auslegung der § 22 I 10 ALR. im Schrifttum zum preußischen Recht findet, ergibt sich die auffallende Tatsache, daß die Bestimmung in der gesamten Literatur und Rechtssprechung kaum Beachtung gefunden hat.

1. In dem Werk Dernburgs ist I 10 § 22 ALR. an keiner Stelle erwähnt. Die Darstellung des Rechts zur Sache beschränkt sich auf die in I 10 § 25 ALR. festgesetzte Wirkung derselben [2]), obwohl doch die Bestimmungen der §§ 21 ff. I 10 ALR. in engem Zusammenhang stehen mit dem § 25 desselben Titels. Beim Kaufvertrag ist die Lehre vom Recht zur Sache für den Fall des doppelten Verkaufes nicht behandelt. Lediglich I 10 § 23 ALR. ist erwähnt bei der Darstellung der Besitzklage nach I 7 § 161 ALR.; I 10 § 23 ALR. finde Anwendung bei der Klage des früheren Besitzers gegen den jetzigen Besitzer.

2. In anderen Lehrbüchern wird I 10 § 22 ALR. genannt. Es wird jedoch nicht der Fall in Betracht gezogen, daß noch keiner der Prätendenten den Besitz erlangt hat. Vielmehr wird die Bestimmung dahin ausgelegt, daß durch sie folgender Sachverhalt entschieden werde: Von zwei Prätendenten, die beide ihren Titel vom gleichen Auktor ableiten, und die beide den Besitz der Sache erlangt hatten, gehe derjenige vor, der zuerst den Besitz erlangt habe. Dies ergebe sich aus I 10 § 23 ALR. Wenn dagegen nicht festzustellen sei,

---

1) Es ist oben, 1. Kapitel, Ziff. IV, 2, Note 1 dargelegt, daß für den guten Glauben im Fall des I 10 § 25 ALR. die Zeit der Uebergabe maßgebend ist.

2) S. 419 ff., Bd. I 5.

wer zuerst den Besitz erlangt habe, dann entscheide („eventualiter") der Umstand, wessen Titel der ältere sei; die letztere Entscheidung sei durch I 10 § 22 ALR. gegeben. Diese Ansicht wird insbesondere von Bornemann [1]) und Förster—Eccius [2]) vertreten. In dem Lehrbuch von Förster—Eccius wird der so oft aufgefaßte Streitfall als ein Sonderfall des Besitzstreites nach I 7 § 161 ALR. behandelt, während Bornemann die §§ 21 ff. des Titels entsprechend ihrem Wortlaut dann anwenden will, wenn mehrere Personen „auf das Eigentum einer Sache oder eines Rechts zugleich Anspruch machen"; da Bornemann annimmt, daß die beiden Prätendenten den Besitz der Sache erlangt hatten, kann es sich nach seiner Ansicht um den Streit handeln, wer das Eigentum an der Sache erlangt habe. Bei beiden, Förster—Eccius und Bornemann wird I 10 § 22 ALR. zu einer bloßen Beweisregel für den Streit um Besitz oder Eigentum der Sache für den Fall, daß der Zeitpunkt des Besitzerwerbes nicht nachweisbar ist.

Es ist richtig, daß in einem solchen Falle aus I 10 § 22 ALR. der Schluß zu ziehen ist, daß die Priorität des Titels entscheidend sei. Aber nach dem Wortlaut der Bestimmung im Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen in I 10 §§ 18 ff. ALR. und nach ihrer Stellung im System des ALR. kann sie sich ihrem unmittelbaren Sinn nach zunächst nicht auf diesen Fall beziehen. Wenn I 10 § 22 ALR. nur eventuell gelten sollte gegenüber einer in § 23 des Titels gegebenen Regel, so hätte das irgendwie zum Ausdruck kommen müssen. Es ist in § 22 auch nicht davon die Rede, daß die Prätendenten den Besitz erlangt haben sollen. Würde es sich im Falle des § 22 um einen Besitzstreit oder Eigentumsstreit im eigentlichen Sinne handeln, so müßte die Bestimmung im Zusammenhang mit der Regelung des Besitzstreites bezw. der Vindikation gegeben sein. Alle diese Momente sprechen dafür, daß I 10 § 22 ALR. einen besonderen Sachverhalt betrifft.

Daß Bornemann nicht wenigstens die Frage aufgeworfen hat, ob I 10 § 22 ALR. auch gelte, wenn keiner der Prätendenten den Besitz erlangt hatte, ist deswegen erstaunlich, weil er bei seiner Definition des persönlichen Rechts die Möglichkeit eines Konfliktes zwischen mehreren nur persönlich Berechtigten ausdrücklich erwähnt [3]), allerdings ganz allgemein ohne Bezugnahme auf eine einzelne Gesetzesbestimmung.

Bei Förster—Eccius ist ferner im Zusammenhang mit der Darstellung des mittelbaren Eigentumserwerbs nach ALR. Titel I 10 [4]) auf die Bestimmung des I 10 § 21 ff. ALR. kurz hingewiesen und gesagt, daß beim Erwerb beweglicher Sachen eine Kollision zwischen

1) Bd. 2, S. 131.
2) Bd. 3 [4], S. 122, Nr. 34.
3) Bd. 1, S. 186; vgl. oben 1. Kapitel III.
4) Bd. 1 [6], S. 193, N. 41 f.

jüngerem und älterem Titel denkbar sei. Es ist aber hierbei nicht zum Ausdruck gebracht, wann ein solcher Fall eintritt und ob eine Kollision zwischen Prätendenten mitumfaßt sei, von denen keiner den Besitz erlangt hat. Offenbar sollte dieser Fall nach der Ansicht Försters nicht ausgeschlossen sein, denn er sagt Bd. 3 S. 122 Note 34: „Die Bestimmungen (I 10 §§ 21—23) werden häufig nur von der Kollision mehrerer Titel für den Fall, daß keiner oder nur einer (§ 23) den Besitz erlangt hat, verstanden; der Wortlaut der §§ 21, 22 umfaßt aber a u c h den Fall, daß beide den Besitz erlangt hatten, und nun die relative Stärke ihrer Titel zu beurteilen ist.“ Die erste Möglichkeit, daß keiner den Besitz erlangt hatte, ist also zwar nicht völlig abgelehnt. Sie wird aber überhaupt nicht näher behandelt, obwohl doch die Regelung des I 10 § 22 ALR. bei Anwendung auf diesen Sachverhalt gerade von dem Standpunkt von Förster—Eccius aus, der das jus ad rem ablehnte, besonders bemerkenswert sein mußte.

In dem Lehrbuch von C. F. Koch sind die §§ 22 und 23 I 10 ALR. erwähnt in § 256 „Wirkung der Tradition“ [1]). In diesem § 256 sind die Fälle der Kollision zwischen mehreren Prätendenten behandelt, die, wie Koch sich mißverständlich ausdrückt, auf „Tradition“ einer beweglichen Sache sich berufen. Es soll dann bei gleichem Auktor die Uebergabe, „sonst, wenn diese fehlt, der ältere Titel den Vorzug haben“, gemäß I 10 ALR. §§ 22 und 23. Dies kann nun beides bedeuten: entweder daß § 22 gelten soll, wenn die Uebergabe tatsächlich an keinen Prätendenten erfolgt ist, oder, daß § 22 den Fall betreffe, in welchem der Zeitpunkt der Uebergabe nicht mehr feststellbar ist. Hier widersprechen sich die Worte, daß die Prätendenten sich auf Tradition berufen, mit denen, daß im letzten Fall „die Uebergabe fehlt“. — Nähere Ausführungen über diese Fragen finden sich auch bei Koch nirgends. Es ist lediglich noch bei der Darstellung der Besitzklage auf die §§ 18, 19, 21, 23 und 25 I 10 ALR. verwiesen für den Fall, daß sich zwei redliche Besitzer gegenüberstehen.

Bei Ziebarth ist nirgends die Möglichkeit einer Kollision zwischen mehreren zur Sache Berechtigten vor der Uebergabe an einen von ihnen behandelt, obwohl doch seine Lehre von der Bedeutung der Realexekution zu der Frage führt, welcher von mehreren nicht besitzenden Käufern, die Realexekution suchen, den Vorzug verdiene. Gerade wenn man wie Ziebarth das Recht zur Sache als ein relativ dingliches Recht betrachtet, muß das Problem entstehen, ob hinsichtlich der Realexekution lediglich die Prävention zwischen mehreren zur Sache Berechtigten entscheide, ob nicht vielmehr der erste Käufer den zweiten Käufer an der Besitzerlangung hindern kann, wenn dieser doch wegen des früheren Rechts zur Sache evtl. zur Herausgabe an den ersten Käufer verpflichtet sein kann.

---

1) I, S. 481.

Bei anderen Autoren ist die Bestimmung des I 10 § 22 ALR. zwar im Zusammenhang mit den Bestimmungen des I 10 §§ 18—25 genannt und gesagt, daß der jüngere Titel entscheide, wenn keiner der Prätendenten den Besitz erlangt habe. Jedoch ist nicht näher darauf eingegangen, welche Bedeutung dieser Satz habe, der doch eine Besonderheit darstellt [1]).

Bei Temme [2]) sind die Vorschriften der I 10 §§ 21 ff. ALR. unter § 23 „von der Kollision mehrerer Eigentumsansprüche" in Zusammenhang mit der Bestimmung des I 10 § 25 ALR. kurz aufgeführt und dazu bemerkt: „Singulär bleiben diese Vorschriften für diejenigen Fälle, in denen das Recht eines Prätendenten, der noch keinen Besitz erlangt hat, als das bessere sich darstellt". Es könne also ein persönliches Recht gegen einen Dritten verfolgt werden, der in keiner vertraglichen Beziehung zu dem Berechtigten stehe, sofern man nicht eine Obligation ex lege annehmen wolle. Bei den Fällen der mala fides (also I 10 § 25 ALR) könne man freilich von dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung ausgehen. — Wie sich hieraus ergibt, geht Temme offenbar von der Voraussetzung aus, daß durch § 22 und 23 I 10 ALR. nicht nur der Streit zwischen Prätendenten, die beide den Besitz erlangt hatten, sondern auch die Kollision zwischen nichtbesitzenden Prätendenten getroffen sei. Denn nur in diesem letzten Fall soll ein lediglich persönlicher Anspruch gegen einen Dritten verfolgbar sein, ohne daß mala fides vorliegt. Temme übersieht also nicht die Möglichkeit einer rechtlich bedeutsamen Kollision zwischen mehreren nichtbesitzenden Prätendenten. Er entnimmt sogar der Gesetzesbestimmung, daß in diesem Fall das persönliche Recht gegen den Dritten verfolgbar sei, daß also der erste Käufer unmittelbar gegen den zweiten Käufer vorgehen könne, ehe einem von ihnen der Besitz an der gekauften Sache übertragen sei. Eine Erklärung dafür vermag Temme jedoch nicht zu finden. Die Annahme einer obligatio ex lege wird nur als eine Möglichkeit angeführt, ohne daß näher dargelegt würde, inwiefern zwischen den beiden Käufern ein obligatorisches Verhältnis überhaupt entsteht. Wenn eine obligatio ex lege zwischen den beiden Käufern vorliegen würde, so müßte eine Forderung des einen und eine Verpflichtung des andern gegeben sein, etwa auf Unterlassung der Geltendmachung des Anspruchs auf Uebereignung der Sache. Es ist jedoch fraglich, ob sich eine so weitgehende Folgerung aus den Bestimmungen des ALR. ableiten läßt; denn diese sollen nur einen Kollisionsfall regeln und bestimmen, wessen persönliches Recht den Vorzug verdiene, sodaß sich daraus für das Verhältnis zwischen den beiden Käufern nur ein Recht auf Feststellung dieses Vorrechts ergibt.

In der Literatur zum Preußischen Recht wird also die Bestimmung des I 10 § 22 ALR., soweit überhaupt nähere Ausführungen

---

1) Klein, S. 259; Engelmann, S. 161.
2) Lehrbuch, Bd. I, S. 269 f.

gegeben sind, zum großen Teil auf die Besitzklage in ihrer Anwendung beschränkt. Bei keinem dieser Autoren ist die Vorschrift mit dem „Recht zur Sache“ und dessen Bedeutung in inneren Zusammenhang gebracht. Das ist ebenso wie die Behandlung des I 10 § 25 ALR. in der Theorie des Preußischen Rechts nur daraus zu erklären, daß die Darstellung des Preußischen Landrechts aufgebaut wurde auf dem im 19. Jahrhundert ausgebildeten System des Römischen Rechts. Diesem System war eine rechtliche Beziehung zwischen mehreren Gläubigern, die vom Schuldner dieselbe Sache zu fordern hatten, ebenso fremd wie das Recht zur Sache des ALR. Keine der einzelnen römisch-rechtlichen actiones gab die Möglichkeit eines Streitfalles zwischen mehreren Gläubigern, wie er in I 10 §§ 21 ff. vorausgesetzt ist, weder die Eigentums- und Besitzklagen noch die Klage aus dem Kaufvertrag. Die Besitzklagen (insbesondere die actio Publiciana) kommen nicht in Frage, da §§ 21 und 22 voraussetzen, daß kein Besitz erlangt ist; die Vertragsklage nicht, da diese nur zwischen den Vertragskontrahenten stattfinden kann.

2. Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre zum Preußischen ALR. vertritt Baron [1]) die Ansicht, daß eine wahre Kollision zwischen mehreren Käufern derselben Sache nach ALR. schon eintrete, ehe die Sache an einen von ihnen übergeben sei, und daß I 10 § 22 die Regelung dieses Falles enthalte. Da nach seiner oben dargelegten Auffassung das Recht zur Sache auf einer absoluten Bindung des Willens des Schuldners beruht, konnte Baron daraus folgern, daß diese absolute Bindung ihre Wirkung auch schon zeige, ehe die Sache einem der Käufer übergeben ist. Allerdings geht Baron nicht auf etwaige materiell-rechtliche Fragen des Falles ein, sondern führt nur aus, daß eine „Kollision“ zwischen den beiden Käufern vorliege, für die das ALR. neue Bestimmungen habe treffen müssen, und behandelt dann die Frage, in welcher Prozeßform der Konflikt zum Austrag zu kommen habe.

Auch in der Rechtssprechung wurde die Möglichkeit einer Kollision zwischen mehreren nicht besitzenden Käufern derselben Sache behandelt. In Gruchot Bd. 8 S. 590 ff. sind verschiedene Urteile aufgeführt, in denen über eine solche Kollision entschieden wird, allerdings handelte es sich jeweils um einen Streit über unbewegliche Sachen. In einer dieser Entscheidungen ist jedoch allgemein, ohne Einschränkung auf den Erwerb unbeweglicher Sachen, gesagt: „Die §§ 18—25 T. I 10 handeln nicht von der Stärke oder Schwäche des obligatorischen Rechts derjenigen, welche einen Titel zum Eigentum an einer Sache aus irgend einem Rechtsgeschäft erlangt haben, gegen ihren Auktor; gegen ihn haben sie alle, die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts vorausgesetzt, einen wirksamen Anspruch auf Erfüllung des Geschäfts, an deren Stelle in geeigneten Fällen Entschä-

1) Abhandlungen, S. 138 ff.

digung treten kann. Die Paragraphen handeln vielmehr von der Kollision der mehrereren Eigentums-Prätendenten untereinander. Sie regulieren es, wer von diesen dem andern gegenüber berechtigt sein soll, das Eigentum zu erwerben. Dies sollen diese untereinander nach Anleitung dieser Paragraphen ausmachen. Vgl. Präjudiz 2059 vom 26. September 1848. Indem gerade sie dazu berufen sind, darüber miteinander zu prozessieren, wer von ihnen dem Andern gegenüber das Eigentum zu erwerben berechtigt sei oder das Eigentum wirksam erworben habe, dreht sich dieser Streit in dem Falle, wo beide ihren Titel von einem und demselben wahren Eigentümer herleiten, allein darum, wer von diesem die Uebergabe verlangen könne oder dieselbe mit Recht erlangt habe." (Erkenntnis des Ober-Tribunals vom 16. April 1860, abgedruckt Gruchot, Bd. 8, S. 592.)

Hier ist also der Bestimmung des I 10 § 22 ALR. die der geschichtlichen Entwicklung und der Bedeutung des Rechts zur Sache entsprechende Auslegung gegeben. Es ist anerkannt, daß nach I 10 § 22 ALR. mehrere nichtbesitzende Käufer sich nicht gleichberechtigt gegenüberstehen, sondern daß zwischen ihnen das Vorrecht eines der Prätendenten im Prozeß festgestellt werden kann. Eine Entscheidung, die unmittelbar den Konflikt zwischen zwei Käufern einer beweglichen Sache behandelt, konnte ich jedoch in der Rechtsprechung nicht finden[1]. Auch in C. F. Kochs „Anleitung zur Preußischen Prozeßpraxis" ist ein solcher Fall nicht erwähnt. Allerdings wird auch der Fall eines Streites zwischen zwei Käufern derselben Sache vor deren Uebergabe an einen von ihnen bei beweglichen Sachen seltener vorkommen, als bei Grundstücken. Denn bei Grundstücken erfährt der eine Käufer leichter vom Verkauf an den andern als bei beweglichen Sachen. Darin wird ein Grund liegen dafür, daß in der Rechtsprechung ein solcher Fall nicht praktisch wurde. Dazu kommt dann aber noch, daß in der Literatur die Bestimmung in I 10 § 22 ALR. nicht behandelt wurde, was wohl dazu mitwirkte, daß derartige Streitfälle nicht zum Prozeß kamen.

Umgekehrt aber kann die praktische Seltenheit des Streitfalles allein das Schweigen in der Literatur nicht erklären. Die etwaige Seltenheit des Falles wäre kein Grund gewesen, die Bestimmung des I 10 § 22 ALR. nicht in systematischen Zusammenhang mit I 10 §§ 21 ff. ALR. zu behandeln. Es bleibt daher auffallend und nur aus der ablehnenden Stellungnahme der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zum System des ALR. erklärlich, daß die Bestimmung des I 10 § 22 ALR. in der Literatur nicht beachtet wurde.

Es muß trotz dieses Schweigens in der Literatur angenommen werden, daß I 10 § 22 ALR. in der Weise auszulegen ist, wie es

---

1) Zugänglich waren mir Seufferts Archiv von Bd. I an, sowie Rehbeins systematische Zusammenstellung von Entscheidungen, die einen Ueberblick über die gesamte Rechtsprechung des Obertribunals zu den einzelnen Bestimmungen des ALR. gibt.

auch in dem zitierten Urteil Gruchot, Bd. 8, S. 592 anerkannt ist, und wie es der geschichtlichen Entwicklung und dem Zusammenhang und der Bedeutung der Bestimmungen I 10 §§ 20—25 ALR. entspricht: Der erste Käufer hat den Vorzug vor dem nichtbesitzenden zweiten Käufer aufgrund seines früheren Titels.

III.

Es bleibt nun noch zu prüfen, welches im einzelnen die Wirkungen dieses Vorrechtes des ersten Käufers waren.

Im Verhältnis zum Verkäufer bleibt der obligatorische Anspruch derselbe, der Inhalt der Obligation wird durch das in I 10 § 22 ALR. gegebene Vorrecht nicht berührt. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Verkäufer nun seinerseits verpflichtet sei, nur dem ersten Käufer *vor* dem zweiten Käufer zu liefern. Der Verkäufer bleibt beiden Käufern gegenüber in gleicher Weise zur Uebergabe verpflichtet. In der zitierten Entscheidung in Gruchot, Bd. 8, S. 592 ist dies ausdrücklich hervorgehoben und gesagt, daß die obligatorischen Rechte nicht in Stärke oder Schwäche verschieden sind.

Der Vorzug des ersten Käufers tritt also nur hervor gegenüber dem zweiten Käufer. Der Schutz des ersten Käufers kann nun, da ja der zweite Käufer ebenfalls noch nicht Besitzer der Sache ist, praktisch nur darin zum Ausdruck kommen, daß der Vorzug des ersten Käufers gegenüber dem zweiten Käufer festgestellt und der zweite Käufer daran gehindert wird, die Uebergabe der Sache zu erlangen [1]). Der erste Käufer wird also dagegen geschützt, daß der zweite Käufer Zugriff auf die Sache nehme.

Da demnach das Vorrecht des ersten Käufers bei der Durchsetzung des Uebergabeanspruchs der beiden Käufer in Erscheinung tritt, wird hieraus gefolgert werden können; der erste Käufer hat zwar nicht hinsichtlich der Schuld des Verkäufers den Vorzug, denn die Schuld des Verkäufers ist gegenüber beiden Käufern die gleiche; der erste Käufer hat aber ein Vorrecht gegenüber dem zweiten Käufer hinsichtlich der *Haftung* des Verkäufers, da er *vor* dem zweiten Käufer den Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Verkäufer durchsetzen und den zweiten Käufer an der Durchsetzung von dessen Anspruch hindern kann.

Hieraus ergibt sich auch die prozessuale Form, in der ein solcher Streit zwischen zwei Käufern auszutragen wäre. Wenn der zweite Käufer gegen den Verkäufer Klage erhebt, greift der erste Käufer im Wege der Hauptintervention in den Prozeß ein, um sein Vorrecht geltend zu machen und Exekution seitens des zweiten Käufers zu verhindern. Dieser Weg der Durchsetzung des Vorrechts des ersten Käufers wird von Baron genannt [2]). Die Hauptintervention

---

1) Vgl. *Gruchot*, Bd. 8, S. 592.
2) a. a. O. S. 139.

war in der preußischen A. G. O. von 1793 in Titel 17 § 1 ff. geregelt. (Interventio principalis.) Auch eine Feststellungsklage des ersten gegen den zweiten Käufer konnte zur Durchsetzung seines Rechtes führen und war von der Geltung der ZPO. ab auch zulässig. Ob bei Geltung der A. G. O. von 1793 eine solche Feststellungsklage von den Gerichten zugelassen worden wäre, erscheint zweifelhaft. Nach der A. G. O. war nicht allgemein eine Feststellungsklage möglich, sondern „Präjudizialklagen" über bedingende Rechtsverhältnisse [1]).

IV.

Eine rechtliche Beziehung zwischen mehreren Gläubigern eines Schuldners in Bezug auf die geschuldete Sache, wie I 10 § 22 ALR. sie bestimmt, scheint dem heutigen Recht fremd zu sein und dem Begriff des obligatorischen Rechts, so wie er im BGB. gestaltet ist, zu widersprechen. Trotzdem hat die Rechtsprechung für einen Fall, nämlich für den Verkauf verschiedener Mengen aus einer begrenzten Gattung, z. B. aus einer Ernte, einen Grundsatz herausgebildet, der ebenfalls eine rechtliche Beziehung zwischen den Gläubigern ergibt, ohne daß obligatorische und dingliche Rechte oder Verpflichtungen zwischen den Gläubigern entstehen. In der Entscheidung RGZ., Bd. 84, S. 125 hat das Reichsgericht den Verkauf von verschiedenen Mengen aus einer bestimmten Ernte, die für die verkauften Mengen nicht ausreicht, behandelt; es wurde dahin entschieden, daß zwischen den mehreren Käufern nicht wahllos die Prävention entscheide, sondern daß zwischen ihnen eine Interessengemeinschaft bestehe und daß der Verkäufer die vorhandene Menge unter ihnen verhältnismäßig zu teilen habe. Der Sachverhalt stimmt insofern mit I 10 § 22 ALR. überein, als ebenfalls mehrere Käufer da sind, von denen nicht alle befriedigt werden können. Das Ergebnis unterscheidet sich zwar von der Vorschrift in I 10 § 22 ALR.: nicht ein Vorrecht desjenigen wird festgesetzt, der zuerst gekauft hat, sondern es soll geteilt werden. Trotzdem bleibt in beiden Fällen der Grundgedanke, daß nicht die Prävention in der Besitzerlangung entscheide, sondern daß eine Regelung über den Konflikt zwischen den Käufern zu treffen sei, und daß überhaupt ein solcher Fall als ein rechtlich bedeutsamer Konflikt betrachtet werden kann. Die Entscheidung des Reichsgerichts hierüber ist lediglich auf § 242 BGB. begründet, und der darin zum Ausdruck gebrachte Grundsatz wurde in der Kriegszeit wiederholt angewandt in Fällen der Verringerung vorhandener Vorräte durch Beschlagnahme oder andere Umstände [2]).

---

1) Vgl. Koch, Prozeßpraxis, Bd. I, S. 99; Förster-Engelmann, ZPO., § 256, 2. Aufl. 1902, S. 356 zu ZPO. § 256.

2) RG. 26. 1. 18; Recht 1918, Nr. 306; RG. 24. 9. 1918; Recht 1918, Nr. 851; OLG. Hamburg in ROLG. 32, S. 314; OLG. Augsburg v. 10. 3. 19 in JW. 1919, S. 736. — Es sei noch darauf verwiesen, daß das ALR. in I 11,

Die Tatsache, daß selbst im heutigen Recht ein derartiger Konflikt zur Behandlung kommen konnte, spricht weiter dafür, daß auch im preußischen Recht die Regelung des Konfliktes zwischen mehreren nichtbesitzenden Käufern möglich war, obwohl in der Literatur diese Möglichkeit nicht beachtet wurde.

3. Kapitel: Rechtsstellung mehrerer Käufer, die alle den Besitz der Sache erlangt hatten.

Wenn die mehreren Käufer einer Sache alle den Besitz an ihr erhalten hatten, dann sind für das Verhältnis zwischen ihnen nicht nur die Vorschriften über Wirkung der Obligation und Eigentumsübergang entscheidend, sondern es greifen weiter noch ein die Rechtssätze über den Besitzerwerb und über das Verhältnis zwischen mehreren Besitzern.

Es handelt sich dabei um folgenden Fall: der Verkäufer A verkauft dieselbe Sache an B und an C und bewirkt die Uebergabe der Sache an beide Käufer. In der Regel wird sich das so vollziehen, daß dem einen der beiden Käufer nicht der körperliche Besitz übertragen wird, sondern en Surrogat desselben.

Das ALR. kennt vier Arten der Besitzübertragung: 1. körperliche Uebergabe, 2. Uebergabe durch Zeichen (z. B. Uebergabe der Schlüssel), 3. Uebergabe durch Anweisung; die Person, die bisher für den Tradenten besaß, wird von diesem angewiesen, fortan für den Empfänger zu besitzen; 4. Uebergabe durch Willensäußerung (constitutum possessorium und brevi manu traditio), vgl. ALR. I 7 §§ 58 ff.

Wenn der Verkäufer die an B und C verkaufte Sache dem B durch Zeichen oder Anweisung übergibt, dann wird B Eigentümer der Sache gemäß I 10 § 1 ALR. Zwar wird die „wirkliche Uebergabe" der Sache gefordert. Daraus wurde aber nicht gefolgert, daß die Besitzübertragung durch Symbol oder Willenserklärung nicht genüge. Vielmeh wird als ausreichend angesehen, wenn der Erwerber juristischen Besitz erhält [1]).

§§ 588—590 Bestimmungen für den Verkauf aus einer künftigen Ernte trifft. Wenn die Ernte nicht ausreicht, „so muß der Käufer, gegen verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufgeldes, sich soviel abrechnen lassen, als zur Saat und Unterhaltung der Wirtschaft sonst fehlen würde". Ueber den Konflikt mehrerer Käufer ist aber in diesem Zusammenhang nichts bestimmt.

1) Vgl. Dernburg [5], I, S. 576; C. F. Koch, Lehrbuch I, S. 479 erklärt „wirkliche körperliche Besitznehmung" für erforderlich. Er stellt aber (Bd. I, S. 341) die symbolische Uebergabe der körperlichen Besitzergreifung gleich, da auch bei ihr die Möglichkeit einer augenblicklichen willkürlichen Einwirkung gegeben sein müsse.

B wird also mit der Uebergabe durch Zeichen oder Anweisung Eigentümer der Sache, der Verkäufer A ist nicht mehr Eigentümer. Wenn nun A die Sache dem zweiten Käufer C durch körperliche Uebergabe tradiert, dann müßten die Grundsätze über Uebertragung einer fremden Sache Anwendung finden. Danach könnte C kein Eigentum an der Sache erlangen, sondern wäre dem Eigentümer B zur Herausgabe der Sache verpflichtet, bei Gutgläubigkeit gegen Zahlung des Kaufpreises.

Das ALR. betrachtet jedoch den Fall nicht in dieser Weise; es geht vielmehr wie in dem oben behandelten Fall der Kollision zwischen nicht-besitzenden Käufern von einem Streitfall zwischen den beiden Erwerbern B und C aus, von einer „Kollision" zwischen ihren Ansprüchen, und bestimmt, wie diese Kollision zu entscheiden sei. Hier kommt es anscheinend nun zu einem Widerspruch mit den materiellen Rechtssätzen über den Eigentumserwerb. In I 10 § 23 ALR. heißt es, daß im Falle des Erwerbs vom gleichen Auktor derjenige Prätendent den Vorzug habe, der den Besitz der Sache erlangt habe; diese Bestimmung ist zu ergänzen durch die in ihr zitierten §§ 74 ff. I 7 ALR., in welchen gesagt ist, daß bei Streit zwischen mehreren Besitzern die körperliche Uebergabe den Vorzug gebe vor der Uebergabe durch Zeichen oder Anweisung. Wenn also zwischen zwei Käufern derselben Sache, die ihr Recht vom gleichen Auktor ableiten, und von denen der eine körperlichen Besitz, der andere Besitz durch Zeichen oder Uebergabe erlangt hat, ein Streit entsteht um ihre Eigentumsansprüche, dann soll nicht entscheiden, wer überhaupt den Besitz zuerst erlangt hat, sondern derjenige hat den Vorzug, der den körperlichen Besitz zuerst erlangt hat[1]). Es wird also gar nicht berücksichtigt, daß derjenige, der zuerst den körperlichen oder nicht körperlichen Besitz erlangt hat, zunächst einmal Eigentümer geworden ist und daher, wenn nicht ein Verlust seines Eigentums bestimmt wird, dem zweiten Erwerber vorgehen müßte. Es wird vielmehr davon ausgegangen, daß die nicht körperliche Uebertragung ein schwächeres Besitzrecht gebe als die körperliche Uebergabe, und dieser Grundsatz wird auf den Konflikt zwischen Eigentumsprätendenten angewandt ohne Rücksicht auf die Zeitfolge der Uebertragungen.

Dieser Regelung von Kollisionen im ALR. ist schon Erhard[2]) entgegengetreten. Er führt aus, daß wahre Kollisionen zwischen Rechten bei einer richtigen Gesetzgebung nicht denkbar seien. Ein Recht sei als Recht so stark wie das andere, so daß es nicht stärkere und schwächere Rechte geben köne. — Das gilt auch für den genannten Streitfall zwischen zwei Käufern: einer von ihnen ist Eigen-

---

1) Vgl. Dernburg 4, Bd. I, S. 365.
2) Versuch einer Kritik des ALR., 1792, S. 304.

tümer geworden, und nur darauf sollte es ankommen, nicht darauf, wer das stärkere oder schwächere Besitzrecht erworben hat.

In der späteren Literatur wird die Regelung des ALR. damit begründet, daß nicht zwei Personen gleichzeitig in solidum Besitzer derselben Sache sein könnten. Wenn nachträglich dem C der körperliche Besitz übertragen werde, obwohl vorher an B durch symbolische Uebergabe tradiert war, so habe sich dadurch gezeigt, daß die symbolische Uebergabe ihren Zweck verfehlt habe, dem Erwerber die tatsächliche Verfügung über die Sache zu verschaffen. Auch die symbolische Uebergabe sollte die tatsächliche Verfügung über die Sache verschaffen [1]). Danach soll also jetzt nachträglich, nach der Uebertragung des körperlichen Besitzes an einen Dritten, die Sache so angesehen werden, als habe B gar keinen Besitz erlangt. Das führt zu der Annahme, daß durch die symbolische Uebergabe von vornherein nur ein relativ wirksamer Besitz erlangt wird. Die symbolische Uebergabe wirkt nur gegen den Tradenten, nicht aber gegenüber einem Dritten, der den körperlichen Besitz erhält. Diese Folgerung ist bei Förster-Eccius [2]) ausgesprochen. Dadurch wird bewirkt, daß dann der Dritte „wahrer Eigentümer" der ihm übergebenen Sache wird [3]).

Diese Auslegung in der Literatur ist im Ergebnis zu billigen. Zutreffend ist insbesondere der Ausgangspunkt der Begründung, daß nämlich nicht zwei Personen gleichzeitig in solidum Besitzer derselben Sache sein könnten. Es brauchte allerdings daraus nicht mit Notwendigkeit gefolgert zu werden, daß die symbolische Uebergabe deswegen von vornheren unwirksam sein müsse. Vielmehr ergibt sich aus diesem Grundsatz nur, daß ein Erwerber in dem Augenblick den Besitz verlieren muß, in dem ihn ein anderer Erwerber erhält. In dieser Weise wäre nach heutigem Recht der Fall zu behandeln [4]), und es wäre dadurch schon vermieden, daß ein doppelter Besitz entsteht. Das ALR. hat aber den Fall positiv dahin geregelt, daß die symbolische Uebergabe nicht als vollwirksam entstanden und von der entgegenstehenden körperlichen Uebergabe ab wieder untergegangen gilt, sondern daß sie als von vornherein schwächeres Besitzrecht dem körperlichen Besitz nachsteht.

Es ergibt sich also, daß der Besitz- und Eigentumserwerb des ersten Käufers insofern nur relativ wirksam ist, als er nachträglich gegenüber dem zweiten Käufer nicht als wirksam anzusehen ist. Ob der zweite Käufer C Eigentümer der Sache wird, muß zweifelhaft bleiben, da im ALR. diese Folge nicht ausgesprochen ist. Praktisch jedoch kommt seine Stellung der eines Eigentümers gleich. Der

---

1) Dernburg I⁴, S. 366, Nr. 13; Bornemann, Bd. I, S. 257, N. 4; Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 341.
2) Bd. 3⁶, S. 49, Note 65.
3) C. F. Koch, Kommentar zu I 10 § 23.
4) Vgl. RG. im Recht 1932, Nr. 327.

erste Käufer B bleibt auf den obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer beschränkt. Die Frage, ob inzwischen von B vorgenommene Verfügungen wirksam sind, führt nicht zu Schwierigkeiten: zu dinglich wirksamen Verfügungen über die Sache bedarf es der Besitzübertragung, B konnte aber den Besitz nur durch Zeichen oder Anweisung weiterübertragen. Sein Rechtsnachfolger muß also ebenfalls aufgrund der §§ 74 ff. I 7, § 23 I 10 ALR. dem zweiten Käufer nachstehen.

Hat jedoch der zweite Käufer C das Recht zur Sache des ersten Käufers B gekannt, so muß auch hier I 10 § 25 ALR. gegenüber I 10 § 23 ALR. durchgreifen und C muß die Sache an B herausgeben.

Hat der Verkäufer die Sache zweimal verkauft und beiden Käufern den Besitz durch Anweisung oder Zeichen übertragen, so hat nach I 7 §§ 75, 76 ALR. derjenige den Vorzug, der zuerst ein Recht zur Sache erworben hat[1]). Hier zeigt sich also wieder die Bedeutung des Rechts zur Sache beim Erwerb des dinglichen Rechts. Es kommt nicht darauf an, wem zuerst der Besitz durch Zeichen oder Anweisung übertragen wurde, sondern wer zuerst die Sache gekauft hat. Dieser ist vor den anderen berechtigt, die körperliche Uebergabe der Sache zu verlangen. Nach I 7 § 76 ALR. muß die Sache „so lange in gerichtlichen Beschlag genommen werden, bis das Recht zum Besitz entschieden ist". Wie im oben behandelten Falle des I 10 § 22 ALR. streiten sich also hier mehrere Käufer darum, wer vor den andern das Recht habe, den körperlichen Besitz zu erlangen, und derjenige, der dann aufgrund seines früheren Rechts zur Sache den körperlichen Besitz erhält, hat nach I 10 § 74 ALR. den Vorzug vor den anderen.

Bestritten war, ob die im ALR. für die Uebergabe durch Zeichen oder Anweisung getroffene Regelung auch für die Uebergabe durch constitutum possessorium gelte. In der Literatur wurde die Frage verneint: das constitutum possessorium verschaffe den wirklichen Besitz, wenn auch durch Stellvertreter, anders als die symbolische Uebergabe. Daher stehe die Uebergabe durch constitutum possessorium der körperlichen Uebergabe nicht nach[2]). Ebenso hat das Reichsgericht entschieden in RGZ., Bd. I, S. 131 ff., während das preußische Obertribunal die Uebergabe durch constitutum possessorium der symbolischen Uebergabe gleichstellt[3]).

Die brevi manu traditio stand jedoch unzweifelhaft der körperlichen Uebergabe gleich, wie auch vom Obertribunal in der oben genannten Entscheidung zugegeben wird. Denn hier ist ja der Empfänger im körperlichen Besitz der Sache.

---

1) Dernburg, Bd. I[4], S. 365 zu Nr. 13.

2) Dernburg[4], Bd. I, S. 365, Note 13; Förster-Eccius[6], Bd. 3, S. 50, Note 71.

3) Entscheidungen vom 15. 11. 1878, Rehbeins Entscheidungen, Bd. I, S. 649, Nr. 138.

Hat also der erste Käufer den Besitz der Sache durch constitutum possessorium oder brevi manu traditio erhalten, so sind für die Kollision mit dem zweiten Käufer dieselben Regeln anzuwenden, die gelten, wenn beide den körperlichen Besitz der Sache erlangt haben.

In diesem Fall, in welchem beide Käufer den vollgültigen Besitz der Sache erlangt hatten, hat derjenige den Vorzug, dem zuerst der Besitz der Sache eingeräumt wurde. Auf die Priorität des Titels kommt es dann nicht weiter an. War der Verkäufer Eigentümer, dann ergibt sich dieser Grundsatz daraus, daß derjenige Eigentümer wird, der zuerst den Besitz erlangt hat. Aber auch dann geht der ältere Besitz vor, wenn der gemeinsame Auktor nicht Eigentümer war; das ist bedeutsam im Streit um den besseren Besitz nach I 7 § 161 ALR. Für diesen Fall des Besitzstreites wird der Vorzug des älteren Besitzes aus I 10 § 23 LAR. abgeleitet[1]). Jedoch gilt das nur, wenn die beiden Prätendenten ihr Recht vom gleichen Auktor ableiten. Haben sie die Sache von verschiedenen Personen erhalten, so hat der gegenwärtige Besitzer den Vorzug, wenn nicht festgestellt werden kann, welcher der beiden Auktoren Eigentümer war. Auf diese umstrittene Frage, die dem Tatbestand nach nicht unmittelbar zum Thema gehört, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Auch bei dem Streit zwischen zwei Besitzern, die ihren Anspruch vom gleichen Auktor ableiten, erhält das Recht zur Sache Bedeutung: wenn nicht feststellbar ist, wer zuerst den Besitz erlangt hat, so soll der Umstand entscheiden, wem zuerst ein Recht zur Sache eingeräumt wurde[2]). Wenn andererseits derjenige, der zuerst den Besitz erlangt hat, das ältere Recht zur Sache des ersten Käufers gekannt hat, dann ist er nach I 10 § 25 ALR. zur Herausgabe verpflichtet und kann seinerseits nicht die Herausgabe der Sache verlangen.

---

1) Vgl. Bornemann, Bd. II, S. 31, Note 1, Bd. I, S. 271; Dernburg⁵, Bd. I, S. 610.

2) Vgl. Bornemann, Bd. II, S. 131; C. F. Koch, Lehrbuch, S. 481. Auch dieser Satz wurde in der geschichtlichen Entwicklung in Verbindung mit der Lehre vom jus ad rem jeweils anerkannt; vgl. v. Brünneck, S. 32, Note 8, S. 57, 99.

II. Abschnitt

Vergleich mit anderen Kodifikationen.

1. Kapitel: Vorzug des ersten Käufers vor dem zweiten Käufer.

Die Entscheidung darüber, wann einer der beiden Käufer den Vorzug vor dem anderen erhält, hängt in erster Linie davon ab, auf welchen Zeitpunkt nach den einzelnen Rechtsordnungen der Eigentumsübergang an der Sache festgesetzt ist. Es ist also zu unterscheiden zwischen den Rechten, bei denen der Eigentumserwerb die Uebergabe der Sache voraussetzt, und denen welche das Eigentum mit Vertragsabschluß übergehen lassen.

I.

Der Eigentumsübergang setzte die Uebergabe der Sache voraus im bayrischen Recht nach dem Codex Maximilianeus und im preußischen Recht nach dem ALR., ferner im sächsischen BGB. von 1863; nach den heute geltenden Rechten ist Uebergabe erforderlich nach deutschem BGB., österreichischem ABGB., Schweizer ZGB.

Allen diesen Rechtsordnungen ist gemeinsam, daß ein auf Eigentumsrecht gestützter Anspruch des einen Käufers gegen den andern erst mit der Uebergabe der Sache entsteht. Die Rechtsstellung eines Käufers, dem die Sache noch nicht übergeben worden ist, ist jedoch verschieden geregelt.

1. Im ALR. ist dem Käufer, wie im ersten Abschnitt dargelegt wurde, vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an ein Recht zur Sache gegeben. Der erste Käufer kann Herausgabe der Sache von einem bösgläubigen zweiten Erwerber verlangen.

Dieselbe Regelung wie sie im ALR. getroffen ist, war auch im bayrischen Codex Maximilianeus von 1756 enthalten. Dieser bestimmt im Teil 4, Kapitel 4, § 9:

„Primo: In Sachen, welche zwar an mehrere sukzessive verkauft, jedoch noch keinem aus ihnen extradieret worden, hat der ältere Käufer vor dem jüngeren den Vorzug und ist nicht schuldig, sich mit der Indemnisation abfertigen zu lassen. Dafern aber (secundo) die Extradition auf Einen aus ihnen wirklich geschehen ist, so steht zwar dem älteren Käufer der Regreß wegen Schadloshaltung an den Verkäufer bevor. Die Sache selbst aber bleibt (tertio) demjenigen, welcher sie am ersten empfangen hat. Zwei Fälle ausgenommen: erstens, da er des älteren Kaufes vor der Extradition gewarnt wor-

den, oder sonst in mala fide gewesen; zweitens, wenn der ältere Verkauf an eine Kirche oder andere Causam piam geschehen."

Die Sätze unter „secundo" und „tertio" entsprechen genau der Regelung in I 10 § 25 ALR. Es ist lediglich noch die Erweiterung darin enthalten, daß der zweite Käufer auch dann zur Herausgabe verpflichtet ist, wenn der ältere Verkauf an eine Kirche oder in anderer causa pia geschehen ist.

Der Satz zu „primo" dagegen entspricht der Bestimmung in I 10 § 22 ALR. Der ältere Käufer hat schon vor der Uebergabe der Sache in der Weise den Vorzug vor dem jüngeren Käufer, daß er vor diesem die Uebergabe zu fordern berechtigt ist, ebenso wie nach I 10 § 22 ALR.; Rechtsgrundlage und praktische Wirkung dieses Satzes entsprechen dem preußischen Recht. Der bayerische Codex Maximilianeus geht hier auf dieselbe gemeinrechtliche Doktrin zurück wie das ALR.; daraus, daß dieser Satz im bayrischen Recht einen so klaren Ausdruck gefunden hat, läßt sich für die zu I 10 § 22 ALR. gegebene Auslegung eine weitere Bestätigung entnehmen.

Im Kommentar von Kreittmayr wird zu dieser Bestimmung insbesondere verwiesen auf Brunnemann 6. Kreittmayr führt weiter aus, daß im Zweifel, wenn nicht feststellbar sei, wem von mehreren Käufern zuerst extradiert worden sei, die Mutmaßung für den älteren Käufer spreche [1]); auch dieser Satz galt nach dem preußischen Recht [2]).

Im Codex Maximilianeus ist, im Unterschied zum ALR., diese Regelung des Doppelverkaufs bei den besonderen Bestimmungen über den Kaufvertrag enthalten, nicht im Abschnitt über den Eigentumserwerb. Das „Recht zur Sache" ist in der Bestimmung nicht erwähnt. Der Ausdruck „Recht zur Sache" findet sich aber in Teil 2 Kap. 1 § 10 des Codex Maximilianeus und wird für jus personale gebraucht.

Beide Kodifikationen, der Codex Maximilianeus von 1756 und das ALR. von 1791 stimmen also in der Annahme eines Rechts zur Sache und der damit zusammenhängenden Einräumung eines Vorrangs für den ersten Käufer überein und stehen auch mit der im 18. Jahrhundert noch herrschenden Lehre im Einklang.

2. Anders ist die Rechtslage nach den neueren Kodifikationen (sächsisches BGB. von 1863, deutsches BGB., österreichisches ABGB., Schweizer ZGB.).

Vor der Uebergabe der Sache durch die erst das Eigentum entsteht, wird der Käufer, der sich nur auf einen früheren Kaufvertrag stützen kann, gegen spätere Erwerber nicht geschützt.

---

1) Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum, IV. Teil, 1844, S. 211 ff.

2) Vgl. Bornemann, Bd. II, S. 131; C. F. Koch, Lehrbuch, S. 481.

Die entgegenstehende, im ALR. und im Codex Maximilianeus enthaltene Regelung hat in diesen Gesetzen keine Aufnahme gefunden, ebenso wie sie in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts abgelehnt wurde.

a) Für das heutige deutsche Recht ergibt sich somit für den Doppelverkauf folgende Rechtslage: Durch den Kaufvertrag allein erhält der Käufer keinen Vorzug vor späteren Erwerbern. Der Käufer wird erst geschützt, wenn ihm die Sache übergeben ist, oder wenn ein Uebergabeersatz, z. B. ein konkretes Besitzkonstitut mit ihm vereinbart ist. Die Ablehnung des „Rechts zur Sache" und dessen beschränkter Wirkung gegen Dritte ist in den Motiven zum BGB. ausdrücklich betont [1]).

Entscheidend für die Entstehung des Schutzes gegen spätere Erwerber ist also lediglich der Zeitpunkt des dinglichen Vertrages (§§ 929—931 BGB.). Gegen spätere gutgläubige Erwerber besteht auch nach diesem Zeitpunkt kein Anspruch (§ 932 ff. BGB.); nur gegen bösgläubige spätere Erwerber ist der Eigentumsanspruch gegeben (§§ 935, 985 BGB.).

Die Rechtsprechung gewährt jedoch in besonderen Fällen auch demjenigen Käufer, der noch kein dingliches Recht erlangt hat, einen Anspruch gegen spätere Erwerber und zwar dann, wenn sich der zweite Käufer eines Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. schuldig gemacht hat. Eine sittenwidrige Schädigung durch den zweiten Käufer nach § 826 BGB. wird angenommen bei komplottmäßigem Zusammenwirken mit de mVeräußerer oder bei Verleitung zum Vertragsbruch [2]). Kenntnis des zweiten Käufers vom ersten Kaufvertrag genügt n der Regel nicht allein zur Begründung der Ersatzpflicht nach § 826 BGB.

Die Frage, in welcher Weise Schadensersatz nach § 826 BGB. vom zweiten Käufer zu leisten sei, hat das Reichsgericht früher dahin beantwortet, daß der Preisunterschied an den ersten Käufer zu zahlen sei [3]). Die neuere Rechtsprechung ist hiervon abgegangen. Gemäß dem Grundsatz der Naturalrestitution wird dem ersten Käufer ein Anspruch darauf gegeben, daß der zweite Käufer zur Eigentumsverschaffung an den ersten Käufer mitwirke [4]).

Die Frage, ob der Kaufvertrag zwischen Veräußerer und zweitem Käufer gemäß § 138 BGB. nichtig ist, hat das Reichsgericht in JW. 1926, S. 986 verneint, da die Voraussetzungen des § 138 BGB. von denen des § 826 BGB. verschieden seien [5]). Daraus ergibt sich

---

1) Motive zum BGB., Bd. II, S. 2/3.

2) RGZ., Bd. 62, S. 137 f.; Bd. 83, S. 239 f.; Bd. 103, S. 419 ff.; Bd. 108, S. 58; RG. v. 29. 6. 25 in JW. 1926, S. 986; RG. v. 27. 4. 31 DJZ. 1931, S. 1451.

3) RGZ. 103, 420 VI. Zivilsenat.

4) RGZ. 108, 59; JW. 1926, S. 986.

5) Vgl. im Einzelnen abweichende Auffassung von Groh in der Festgabe für das RG. 1929, S. 135 f.

die weitere Schwierigkeit, wie die Zahlung des Kaufpreises behandelt werden soll. Der erste Käufer erhält die Sache vom zweiten Käufer, seine Zahlungsverpflichtung wird somit unberührt bleiben, da sein Anspruch erfüllt ist. Der zweite Käufer ist aufgrund eines gültigen Vertrags zur Zahlung verpflichtet. Die Tatsache, daß er nachträglich die Sache herausgeben mußte, erfüllt unmittelbar weder die Voraussetzungen der §§ 812 ff. noch des § 440. Demnach wäre der Kaufpreis von beiden Käufern an den Verkäufer zu zahlen, ein Ergebnis, das sicher nicht gebilligt werden kann.

Das Problem und verschiedene Versuche zu seiner Lösung sind aufgezeigt in der Abhandlung von Groh über „Sittenwidrige Erfüllungsvereitelung" [1]). Die entsprechende Anwendung des § 440 II BGB., auf die Groh hinweist, erscheint mir deshalb bedenklich, weil der böse Glaube des Käufers nach § 439 BGB. jeden Gewährleistungsanspruch ausschließt, auch in Fällen, in denen § 440 II BGB. unmittelbar anwendbar wäre.

Diese Schwierigkeit ergibt sich sowohl, wenn der zweite Käufer nach § 826 BGB. die Sache herausgeben muß, wie auch dann, wenn der erste Käufer etwa schon das Eigentum an der Sache erlangt hatte (z. B. durch constitutum possesorium) und seinen Eigentumsanspruch mit Erfolg gegen den zweiten Käufer geltend gemacht hat.

Allerdings würde man unter Umständen annehmen können, daß der Verkäufer wegen der Kenntnis beider Teile von dem Anspruch des Dritten die Gewähr dafür übernommen habe, der erste Käufer werde die Verwirklichung der Veräußerung an den zweiten Käufer nicht hindern oder stören. Dann fällt die Anwendung des § 439 BGB. weg und der zweite Käufer kann trotz seiner Kenntnis vom ersten Kaufvertrag den Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer geltend machen. Ein Beispiel, bei welchem ein ähnlicher Sachverhalt weitgehend zugunsten der Annahme einer solchen Gewährsübernahme ausgelegt wurde, ist in einer Entscheidung des Reichsgerichts gegeben [2]).

Wenn aber eine solche Gewährsübernahme durch den Verkäufer im einzelnen Fall nicht angenommen werden könnte, so müßte § 439 BGB. wohl zur Anwendung kommen. In RGZ., Bd. 88, S. 167 ist allerdings ausgeführt, aus § 439 BGB. ergebe sich nur, daß der Verkäufer den Mangel im Recht nicht zu vertreten habe. Wenn wegen dieses Mangels die Sache beiden Parteien vor ihrer Lieferung entzogen werde, wie es in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall war, so sei eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, die der Verkäufer wegen der Anwendung des

---

1) Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 3. Band 1929, S. 119 ff., insbesondere S. 125 und S. 152; vgl. ferner Rosenberg, JW. 1924, S. 811.

2) RG vom 23. 11. 1918; LZ. 1919, S. 737 und Recht 1919, Nr. 1370.

§ 439 BGB. nicht zu vertreten habe, sodaß § 323 BGB. zutreffe und der Kaufpreis nach § 323 III BGB. als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuzahlen sei; der Wegfall des Gewährleistungsanspruchs schließt also nicht aus, daß aus einem anderen Grund, wie hier nach § 323 BGB., ein Rückforderungsanspruch bestehen kann. Hieraus ergibt sich aber keine unmittelbare Lösung für den Fall des Doppelverkaufs, bei dem die dem Verkäufer obliegende Leistung nicht unmöglich war, sondern bei dem erst nachträglich die Sache dem Käufer entzogen wird, so daß § 323 BGB. nicht anwendbar sein kann.

Groh bringt am Schlusse seines Aufsatzes [1]) folgende Lösung in Erwägung: er führt aus, daß die Leistung des zweiten Käufers an den ersten Käufer Erfüllung für den Verkäufer bewirke. Ebenso solle die Zahlung des zweiten Käufers an den Verkäufer Befreiung für den ersten Käufer bewirken, so daß der erste Käufer nicht mehr zu zahlen braucht. Daraus lasse sich auch ein Anspruch des ersten Käufers auf Rückzahlung des schon geleisteten Kaufpreises ableiten.

Damit wird auf den Gesichtspunkt der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit durch den zweiten Käufer hingewiesen (§ 267 BGB.). Wenn man in dieser Weise zwar nicht die Zahlung des zweiten Käufers an den Verkäufer, sondern nur die Herausgabe der Sache an den ersten Käufer als Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit betrachtet, so kann sich daraus ein Anspruch nicht des ersten, wohl aber des zweiten Käufers gegen den Verkäufer auf Rückzahlung des Kaufpreises ergeben. Zwar bewirkt die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit keinen gesetzlichen Forderungsübergang auf den Dritten, noch auch ohne weiteres ein Regreßrecht des Dritten gegenüber dem Schuldner [2]). Jedoch kann ein Anspruch des Dritten aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus auftragsloser Geschäftsführung bestehen, soweit nicht schon ein vertraglicher Anspruch gegeben ist. Es wäre also zu prüfen, ob der zweite Käufer, der dem ersten Käufer die Sache herausgegeben hat, wegen der Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers hier einen solchen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auftragsloser Geschäftsführung geltend machen kann. Allerdings wäre gegenüber dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung § 817 BGB. zu berücksichtigen, wenn beide Vertragsparteien sittenwidrig gehandelt haben. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag andererseits kann deswegen zweifelhaft erscheinen, weil der zweite Käufer mit der Herausgabe der Sache nicht nur eine fremde Verbindlichkeit, nämlich die des Verkäufers, erfüllt, sondern gleichzeitig einer eigenen Schadensersatzpflicht aus § 826 BGB. nachkommt. Jedoch schließt die Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit nicht grundsätzlich aus, daß

---

1) Groh a.a.O., S. 142.

2) Staudinger 9. Aufl. Nr. II 3 zu § 267 BGB.; RGRK. Nr. 1 zu § 267 BGB; Soergel, 5. Aufl., Nr. 4 zu § 267 BGB.

darin gleichzeitig eine fremde Geschäftsführung erblickt und ein entsprechender Ersatzanspruch gewährt wird [1]).

Einen ganz anderen Weg zur Lösung dieser Schwierigkeiten sucht Mercier [2]). Er führt aus, daß dem zweiten Käufer ein Ausgleichsanspruch gegen den Verkäufer zustehe, da die Herausgabe der Sache aufgrund eines Schadensersatzanspruchs erfolgt sei, der dem ersten Käufer sowohl gegen den zweiten Käufer wie gegen den Verkäufer zustehe. Den Ausgleichsanspruch gründet Mercier für das Schweizer Recht, bei dem hinsichtlich des Doppelverkaufs eine ähnliche Rechtslage besteht, wie nach deutschem Recht, auf Art. 50 und 51 Obl. Recht. Im Deutschen Recht käme nur § 426 BGB. in Frage, wobei im Gegensatz zu Art 51 Schweizer Obl. Recht ein Gesamtschuldverhältnis vorausgesetzt wird. Ein Gesamtschuldverhältnis wird aber bei einem unter § 826 BGB. fallenden Doppelverkauf wohl angenommen werden können, da ja nach der Rechtsprechung ein komplottmäßiges Zusammenwirken Voraussetzung der Herausgabepflicht ist und somit eine gemeinsam begangene unerlaubte Handlung vorliegen wird.

Es sind demnach verschiedene Möglichkeiten denkbar, wie die Frage der doppelten Kaufpreiszahlung zu lösen sei, jedoch entstehen in jedem Fall Schwierigkeiten in der Durchführung.

Bemerkenswert ist ein Vergleich mit dem preußischen Recht. Im ALR. wurde der Gewinn des Verkäufers, wie im ersten Abschnitt dargelegt ist, durch die Bestimmung in I 11 § 160 ALR. ausgeschlossen; der Verkäufer hatte alles, was er an Kaufgeld erhalten hatte, dem Fiskus herauszugeben. Eine solche Bestimmung gibt es im BGB. nicht und konnte im BGB. nach dessen Einstellung auch gar nicht getroffen werden [3]). Hier zeigt sich der Gegensatz des 19. Jahrhunderts zu der wohlfahrtsstaatlichen Auffassung des 18. Jahrhunderts.

b) Im Schweizer Recht geht wie nach BGB. das Eigentum erst mit der Uebergabe an den Käufer über (Art. 714 ZGB.). Eine besondere Bestimmung über den Doppelverkauf ist nicht getroffen. Grundsätzlich ist also der erste Käufer nicht geschützt, bevor ihm die Sache übergeben ist. Es wird jedoch wie im deutschen Recht ein Schadenersatzanspruch nach Obligationenrecht, Art. 41, Abs. 2 angenommen, wenn Verleitung zum Vertragsbruch oder ein sonstiger Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt [4]). Auch hier wird ein

---

1) Vgl. Soergel 5. Aufl. Nr. 2 zu § 677 BGB.; OLG. Breslau vom 21. 3. 14 in OLG. 34, S. 66; RGZ. 75, S. 283; 82, S. 214.

2) Mercier, Jus ad rem, S. 137 ff und S. 206.

3) In den Motiven zum BGB. ist I 11 § 160 ALR. überhaupt nicht erwähnt; es ist also nicht ersichtlich, ob I 11 § 160 ALR. gar nicht beachtet, oder ob es mit Absicht übergagnen wurde.

4) Oser, Das Obligationenrecht Nr. VII 4 A. zu Art. 41 Abs. II; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, S. 327 bei Note 31.

Anspruch des ersten Käufers auf Herausgabe der Sache nach dem Grundsatz der Naturalrestitation gewährt [1]). Die Regelung stimmt also mit dem deutschen Recht überein.

c) Nach dem sächsischen BGB. von 1863 war eine besondere Bestimmung für den Doppelverkauf nicht gegeben. Eigentumsübergang und Unterscheidung dinglicher und obligatorischer Rechte entsprechen der nach dem heutigen BGB. gegebenen Regelung [2]).

d) Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar die Lehre vom titulus und modus acquirendi übernommen, wie sich aus den §§ 317, 320 ff., 423 ff. ABGB. ergibt; es gebraucht auch den Ausdruck „Recht zu einer Sache" (§§ 307, 451). Damit wird jedoch, ebenso wie mit dem Ausdruck „persönliches Sachenrecht", ein Forderungsrecht bezeichnet, das dem jus ad rem im Sinne des ALR. nicht entspricht. Für den Fall des Doppelverkaufs ist in § 430 ausdrücklich bestimmt, daß die Sache demjenigen gebühre, dem sie übergeben worden ist; dem Verletzten ist vom Veräußerer Schadensersatz zu gewähren [3]).

e) In den Niederlanden gilt das Bürgerliche Gesetzbuch (Wetboeken) von 1838 [4]). Auch nach diesem Gesetz geht das Eigentum an beweglichen Sachen mit der Uebergabe an den Erwerber über (Art. 1495). Der obligatorische Vertrag hat nur Wirkung zwischen den Parteien, wie in Art. 1376 ausdrücklich ausgesprochen ist. Der erste Käufer wird also lediglich aufgrund des Vertrags nicht gegen spätere Erwerber geschützt. Es ist jedoch denkbar, daß dem ersten Käufer geholfen werden könnte aufgrund des Art. 1377. Der Gläubiger kann nach Art. 1377 die Nichtigkeit von allen Handlungen des Schuldners geltend machen, durch die er benachteiligt wird, vorausgesetzt, daß der Schuldner zu der Handlung nicht verpflichtet war, un daß dem Schuldner und seinem Vertragsgegner die Benachteiligung bekannt war. Nach seinem Wortlaut erscheint Art. 1377 auch anwendbar bei Benachteiligung von Forderungen auf eine bestimmte Sache. Bei Veegens und Oppenheim ist dementsprechend auch ausgeführt, daß der Gläubiger eine ihm „toebehoorende zak", die der Schuldner in Kenntnis der Benachteiligung an einen ebenfalls bösgläubigen Dritten weggibt, nach Art. 1377 vom Inhaber zurückfordern könne [5]).

---

1) Mercier, Jus ad rem, S. 209 ff. folgert hieraus, daß im Ergebnis diese Regelung grundsätzlich dem früheren jus ad rem gleichzusetzen sei.
2) Vgl. Grützmann, Lehrbuch des königl. sächs. Privatrechts, 1. Bd. 1887 § 104, 2. Bd. 1889 § 161.
3) Vgl. Unger, System, 4. Aufl. 1876, S. 624 Note 10, S. 547 Note 31 f. Hofmann, Titulus u. Modus acq. S. 34.
4) Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. I, Art. „Niederlande", S. 141 ff.
5) Veegens en Oppenheim, Schets van het Nederlandsch Burgerlijk recht, 3. Teil, 1921, S. 119.

II.

Ganz anders liegt das Problem des Doppelverkaufs in denjenigen Rechtsordnungen, nach welchen das Eigentum an der species-Sache allein durch den Kaufvertrag auf den Käufer übergeht, ohne daß Besitzübertragung notwendig wäre. Bei dieser Regelung wird der erste Käufer bei Kaufabschluß Eigentümer der Sache. Beim Verkauf an den zweiten Käufer ist der Verkäufer nicht mehr Eigentümer der Sache, sodaß der erste Käufer, gleichgültig ob er den Besitz der Sache erhalten hat oder nicht, als Eigentümer Vorzug vor dem zweiten Käufer hat. Jedoch kann infolge der Wirkungen des Besitzes ein Vorzug des zweiten Käufers sich ergeben, sobald diesem der Besitz der Sache übertragen ist.

Unter diesem Gesichtspunkt sind das französische, englische und nordische Recht zu betrachten.

1. Das französische Recht.

Im Code Civile ist in Art. 1141 bestimmt: „Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux, qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre que la possession soit de bonne foi."

In Anwendung auf den Doppelverkauf ergibt sich aus dieser Bestimmung, daß derjenige Käufer den Vorzug erhält, dem zuerst der Besitz der Sache übertragen wurde, vorausgesetzt, daß er sich in gutem Glauben befand.

Art. 1141 C. c. steht in Beziehung einerseits zu Art. 1138 C. c., andererseits zu Art. 2279 C. c.

Art. 1138 C. c. bestimmt, daß das Eigentum an der Sache mit Vertragsabschluß übergeht, während Art. 2279 über die Wirkung des Besitzes festsetzt: „En fait de meubles, la possession vaut titre." Art. 2279 schließt die Vindikation gegen den Besitzer einer beweglichen Sache aus; eine Ausnahme ist nur in Abs. 2 des Art. 2279 für gestohlene und verlorene Sachen zugelassen.

a) Die Bedeutung und theoretische Grundlage dieser drei Bestimmungen und ihrer Beziehung zueinander war und ist sowohl in der deutschen wie in der französischen Literatur bestritten.

Nach der in der deutschen Literatur zum Code Civil herrschenden Auffassung ist die Bestimmung in Art. 1141 eine Ausnahme von der Regel des Art. 2279. Dies ergibt sich aus folgender Auslegung: Das Sachenrecht des Code Civil werde von zwei Grundsätzen be-

1) Vgl. hierzu: Zachariae-Lingenthal-Dreyer, 4. Aufl., 1. Bd., S. 390, Note; 7. Aufl., S. 483 u. S. 606, Note 3; S. 477, Note; Zachariae-Lingenthal-Crome, 8. Aufl., S. 333, 335, Note 2; Crome, Allgemeiner Teil, S. 215; RGZ, Bd. 88, S. 380.

herrscht; einmal gelte nach Art. 1138 der Grundsatz, daß das Eigentum an einer Sache durch bloße Uebereinstimmung übertragen werde, ohne daß Besitzübertragung erforderlich sei; zum andern nach Art. 2279 der Grundsatz, daß die Vindikation gegen jeden, auch gegen den bösgläubigen Besitzer ausgeschlossen sei, falls es sich nicht um unfreiwillig abhanden gekommene Sachen handelt. Im Fall der doppelten Veräußerung einer Sache sei jedoch nach Art. 1141 der zweite Erwerber nur geschützt, wenn er sich im guten Glauben befunden habe. Im Fall des bösgläubigen Erwerbs müsse er, in Abweichung vom Grundsatz des Art. 2279, die Sache dem ersten Käufer als deren wahrem Eigentümer (Art. 1138) herausgeben. Art. 1141 beschränke also für die doppelte Veräußerung den sonst allgemein geltenden Besitzschutz auf den gutgläubig erworbenen Besitz.

Das Verhältnis des Art. 1138 zu Art. 2279 wurde dahin erklärt, daß der Grundsatz der Eigentumsübertragung durch bloße Uebereinstimmung eingeschränkt werde durch den auf dem Grundsatz der Publizität beruhenden Besitzschutz. Vereinzelt wurde auch die Auffassung vertreten, daß Art. 2279 die Eigentumsübertragung durch bloße Uebereinstimmung in dem Maße einschränke, daß sie nur inter partes Geltung habe; Dritten gegenüber werde das erworbene Recht erst wirksam, wenn der Besitz erworben sei [1]).

Bestritten blieb dabei, auf welchem Rechtsgrund der Besitzschutz des Art. 2279 beruhe, ob es sich um eine praesumptio juris et de jure handle, oder ob ein originärer Rechtserwerb stattfinde.

Im Gegensatz zu der deutschen Auffassung wird in der französischen Lehre zum Code Civil der Art. 2279 trotz seines Wortlauts übereinstimmend dahin ausgelegt, daß bei mala fides Besitzschutz nicht gegeben sei. Zum Teil wird dies aus Art. 1141 abgeleitet, zum Teil auf das öffentliche Interesse gegründet [2]). Art. 1141 erscheint daher völlig mit dem auch sonst geltenden Grundsatz übereinstimmend, daß gegen den gutgläubigen Besitzer Vindikation ausgeschlossen, gegen den bösgläubigen Besitzer jedoch ein Herausgabeanspruch gegeben sei. Gegen den bösgläubigen Besitzer sei revendication (dinglicher Anspruch) zulässig. Nur vereinzelt wird der Anspruch gegen den bösgläubigen Besitzer als action en restitution (persönlicher Anspruch) angesehen [3]). Der Rechtsgrund des Besitzschutzes nach Art. 2279 ist ebenso bestritten wie in der deutschen Lehre; zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß es sich um eine prescription

1) Behaghel, Das Badische Bürgerliche Recht und der Code Napoleon, 3. Aufl., S. 252 f.

2) Vgl. Baudry-Lacantinerie, Prescription Nr. 871; Caradé, Bd. 4, Nr. 490; Bufnoir, S. 365 ff.; Josserand, S. 810: Planiol-Droit Civil 1926, S. 600 f.; Salleiles, Possession, S. 85; Cour de Cassation 21. 11. 1927; Dalloz, 1928 I, S. 172.

3) Vgl. Aubry et Rau, Bd. 2, S. 156.

instantanée handle, was etwa einer sofortigen Ersitzung entsprechen würde [1]).

Dagegen wird auch, wie teilweise in der deutschen Lehre, behauptet, daß Dritten gegenüber zur Eigentumsübertragung die wirkliche Besitzübertragung notwendig sei in dem Sinn, daß bei einem Konflikt zwischen mehreren Erwerbern die tradition den Vorzug gebe. Nach Art. 2279 sei, wie bei Huc ausgeführt ist, die Eigentumsübertragung der Besitzübertragung untergeordnet [2]). Interessant ist im Vergleich zum preußischen ALR. in welcher Weise bei Aubry und Rau diese Auffassung widerlegt wird: der Schutz des gutgläubigen zweiten Erwerbers wäre unverständlich, wenn das Eigentum erst mit der Tradition überginge, denn dann wäre der zweite besitzende Käufer und nicht der erste Käufer in jedem Fall Eigentümer [3]). Nach der Auffassung Hucs würde die Regelung des Doppelverkaufs im Code Civil ganz der des ALR. entsprechen, und ebenso wie zum großen Teil die Theoretiker des ALR. können auch Aubry und Rau einen Rechtsgrund für den Herausgabeanspruch des ersten Käufers bei dieser Regelung nicht finden. Huc dagegen führt hierzu aus, der bösgläubige zweite Käufer habe zwar die Sache zu Eigentum erworben, aber „il n'a reçu cette chose que sous obligation de la rendre“ [4]).

Es ergibt sich also nach der herrschenden Lehre folgende Regelung des Doppelverkaufs im Code Civil: Der erste Käufer wird mit Abschluß des Kaufvertrags Eigentümer der Sache. Wird die Sache an einen Zweiten verkauft und diesem der Besitz übertragen, so steht dem ersten Käufer trotz seines Eigentums an der Sache ein Herausgabeanspruch nur zu, wenn der zweite Erwerber im bösen Glauben war.

b) Die geschichtliche Entwicklung der Bestimmung des Art. 1141 ist näher behandelt in Cromes „Allgemeiner Teil“ und in Bufnories „Propriété et Contrat“. Nach deren Ausführungen galt vor Erlaß des Code Civil im französischen Recht noch nicht der Grundsatz, daß das Eigentum mit dem Vertragsabschluß übergehe; hierzu wird insbesondere auf Pothier verwiesen, auf dessen Lehren der Code Civil weitgehend gegründet wurde, und nach welchen dieser Grundsatz noch nicht gegolten habe. Pothier habe jedoch dem ersten Erwerber gegen den bösgläubigen zweiten Erwerber die Action paulienne unter den sonst für diesen Anspruch geltenden Voraussetzungen zuerkannt. Praktisch war es dagegen in weitestem Maße üblich, die obligatorischen Verträge unter Vereinbarung einer traditio ficta abzuschließen und dadurch schon dem obligatorischen Vertrag dingliche Wirkung

1) Marchadé, Bd. 4, Nr. 489; Baudry-Lacantinerie, Prescription, N. 830.
2) Huc, Bd. 7, Nr. 127.
3) Aubry et Rau, Bd. 2, S. 79; vgl. auch Marcadé, Bd. 4, S. 396.
4) Huc, Bd. 7, Nr. 126.

zu geben. Diesen durch praktische Uebung schon geltenden Grundsatz der dinglichen Wirkung des obligatorischen Vertrags erhob der Code Civil zur gesetzlichen Regel. Entsprechend diesem Grundsatz und entsprechend dem Grundsatz des Besitzschutzes wurde der Doppelverkauf in der Form des Art. 1141 geregelt [1]). Crome bringt diese Entwicklung in Zusammenhang mit denselben deutsch-rechtlichen Grundsätzen, auf welche die deutsche Lehre vom jus ad rem zurückging. Durch die Ausdehnung der traditio ficta sei in den Formen des römischen Rechts der deutsch-rechtliche Grundsatz der beschränkten dinglichen Wirkung des bloßen Veräußerungsvertrages, auf dem auch das sogenannte jus ad rem beruhe, verwirklicht worden. Insbesondere aber sei Art. 1141 ein getreuer Ausdruck der auch in das preußische Landrecht übergegangenen Theorie vom jus ad rem [2]).

c) Die Regelung des Art. 1141 stimmt in der praktischen Wirkung mit der des I 10 § 25 ALR. überein, soweit die Uebergabe an einen der Käufer schon stattgefunden hat. Ist jedoch noch an keinen der Käufer die Uebergabe erfolgt, so sind die Rechte des ersten Käufers weitergehend als nach ALR., da der erste Käufer nach Art. 1138 C. c. Eigentümer geworden ist. Auf sein Eigentum kann er sich auch Dritten gegenüber berufen, z. B. im Fall der Realexekution durch Dritte, Cour de Cassation v. 24. 6. 1845 in Dalloz Receuil 45. 1. 309.

Der Vorzug des in Besitz gesetzten Käufers gemäß Art. 1141, 2279 tritt, wie im ALR., erst ein bei Uebertragung des körperlichen Besitzes (vgl. Art. 1141: „possession réelle"). Die in Art. 1605 und 1606 vorgesehenen Arten der Lieferung verkaufter Sachen genügen nicht immer zur Verschaffung des wirklichen Besitzes in diesem Sinne. Der Besitzer muß die Sache in seinem Machtbereich haben „en sa main et sous sa puissance" [3]).

d) Die obligatorischen Rechtsfolgen des Doppelverkaufs ergeben insofern einen Unterschied zum ALR., als nach Art. 1599 der Verkauf einer fremden Sache nichtig ist: „La vente de la chose d'autrui est nulle". Da der erste Käufer nach herrschender Ansicht mit Kaufabschluß Eigentümer geworden ist, ist also der Vertrag mit dem zweiten Käufer nach Art. 1599 nichtig. Die Nichtigkeit wird ihren Rechtsgrund darin haben, daß der Verkauf einer bestimmten Sache der Regel nach die Entäußerung des Kaufobjekts bereits in sich schließt. (Art. 1138.) Bei einer fremden Sache kann die Uebereignung nun nicht mit Vertragsabschluß erfolgen, sodaß der Vertrag insofern auf ein Unmögliches gerichtet ist. Die Wirkung der in Art. 1599 ausgesprochenen Nichtigkeit ist jedoch bestritten. Ueber-

---

1) Crome, Allgemeiner Teil, S. 217 ff. und Grundlehren, § 12, Note 41; Bufnoir, S. 62; Viollet, Historire du Droit Civil, Nr. 609 f.

2) Crome, Allgemeiner Teil, S. 220.

3) Vgl. Baudry-Lacantinerie, Prescription Nr. 849; vgl. Lingenthal-Crome, Bd. I, Note 2, S. 336.

wiegend ist wohl die Auffassung, daß sich auf die Nichtigkeit nur der Käufer berufen könne, während der Verkäufer die Sache nicht zurückfordern könne. Zweifelhaft ist aber wiederum, ob dem Käufer die Aufhebungsklage oder nur eine Einrede aus Art. 1599 zustehe 1). Es ergibt sich hieraus, daß Art. 1599 möglichst einschränkend ausgelegt wurde und bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß im Code Napoleon, wie er im badischen Landrecht übernommen wurde, zu Art. 1599 abändernde Zusätze gemacht wurden. Durch diese sollte, wie der Wortlaut ergibt, klargestellt werden, daß eine absolute Nichtigkeit aus Art. 1599 nicht entstehe 2). Aus dieser Behandlung der Bestimmung des Art. 1599 in der Literatur und im badischen Landrecht geht hervor, daß man es nicht für gerechtfertigt hielt, lediglich aus der mangelnden Verfügungsmacht des Verkäufers die Nichtigkeit des Vertrages herzuleiten.

e) Muß der zweite Käufer die Sache an den ersten Käufer nach Art. 1141 herabsgeben, sodaß nunmehr der Verkäufer den Kaufpreis vom ersten Käufer erhält, dann behält der zweite Käufer trotz seines bösen Glaubens den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises. (Nach ALR. ist in solchem Fall der Kaufpreis an den Fiskus herauszugeben. I 11 § 160 ALR., vgl. I. Abschnitt 1. Kapitel IV.) Beim Gewährleistungsanspruch ist nach Art. 1599 u. 1629 zwischen Ersatzpflicht („dommages. intérêts") und Rückzahlung des Kaufpreises („restitution du prix") zu unterscheiden. Nur die Ersatzpflicht fällt weg, wenn der Käufer die Gefahr der Entwahrung gekannt hat 3). Damit ist im Code Civil in befriedigender Weise dafür gesorgt, daß der bösgläubige Verkäufer keinen Gewinn behalte, während nach BGB. in dieser Hinsicht Schwierigkeiten bestehen, die nach dem Gesetz wohl kaum gelöst werden können 4).

2. Das Englische Recht.

Im englischen Recht ist der Verkauf beweglicher Sachen geregelt im Sale of Goods Act von 1893 (SGA.) in welchem sowohl Bestimmungen über die obligatorischen wie über die dinglichen Wirkungen des Kaufvertrages enthalten sind.

---

1) Lingenthal-Crome 8, Bd. 2, S. 464 ff.; Bauerband, S. 243.

2) Art. 1599 lautet in der Uebersetzung des Bad. Landrechts: „Der Verkauf einer fremden Sache ist ungültig, er kann jedoch einer Entschädigungsklage Platz machen, wenn dem Käufer unbekannt war, daß der Verkäufer kein Verkaufsrecht habe." Dazu kamen Art. 1599 a: „Nur bestimmte Stücke, über welche der Verkäufer kein Verkaufsrecht hat, sind fremde Sachen." Art. 1599 b: „Die Nichtigkeit des Verkaufs vernichtet keineswegs die gesetzlichen Folgen einer etwa dennoch geschehenen Lieferung." Dagegen stimmen die Art. 1138, 1141, 2279 in der Uebersetzung des badischen Landrechts mit dem Code Civil überein.

3) Lingenthal-Crome, Bd. 2, S. 488; Aubry-Rau, Bd. 5, S. 9; Baudry-Lacantinerie, Vente Nr. 400.

4) Vgl. oben I.

a) Wann das Eigentum an der verkauften Sache auf den Erwerber übergehen soll, bestimmt sich im Gegensatz zum französischen Recht in erster Linie nach dem Willen der Parteien, Sale of Goods Act. s. 17. Es ist jedoch die Auslegungsregel gegeben, daß das Eigentum mit Vertragsabschluß übergeht, wenn speziell bestimmte Sachen ohne Bedingung verkauft und zur Lieferung bereit sind, und wenn ein entgegengesetzter Wille der Parteien nicht ersichtlich ist. s. 18 [1]). Ein entgegenstehender Wille der Parteien wird insbesondere z. B. angenommen, wenn der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, und sich aus den Umständen, z. B. beim Verkauf von Waren in einem offenen Laden, ergibt, daß das Eigentum erst nach Zahlung des Kaufpreises übergehen soll [2]). Das Eigentum kann ferner übertragen werden unabhängig von der Uebergabe durch Aufnahme des Vertrages in gesiegelter Urkunde (deed) [3]).

Ist beim Doppelverkauf der erste Käufer, bevor die Sache ihm übergeben wurde, unter diesen Voraussetzungen deren Eigentümer geworden, so erwirbt also der zweite Käufer die Sache von einem Nichteigentümer. Während im englischen Recht im allgemeinen beim Erwerb vom Nichteigentümer kein Eigentum des Erwerbers entsteht, ist im Fall des Doppelverkaufs der gutgläubige zweite Käufer geschützt durch die Bestimmung in Sale of Goods Act s. 25:

„Where a person having sold goods continues or is in possession of the goods or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge or other disposition there of, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, shall have the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same.“

Aufgrund dieser Bestimmung ist also zugunsten eines gutgläubigen zweiten Käufers der Verkäufer als vom ersten Käufer ermächtigt anzusehen, den zweiten Verkauf vorzunehmen. Die Ermächtigung gilt für die dingliche Verfügung, nicht für die obligatorischen Wirkungen des Kaufvertrags. Der Verkäufer kann somit dem zweiten Käufer Eigentum an der Sache übertragen, auch wenn er nicht Eigentümer der Sache war, als habe ihn der erste Käufer dazu ermächtigt. Der zweite Käufer wird Eigentümer der Sache, sobald die Uebergabe (Delivery) an ihn bewirkt ist. Vor der Ueberlieferung kann in diesem Falle das Eigentum nicht übergehen [4]). Dagegen werden durch den obligatorischen Vertrag zwischen Verkäufer und

---

1) Vgl. Curti, S. 188; Jenks, §§ 1564, 1565.
2) Schirrmeister-Prochownick, Bd. 2, S. 305 zu § 386.
3) Curti, S. 188.
4) Vgl. Schirrmeister-Prochownick, Bd. 2, S. 368 zu § 406.

zweitem Käufer nur diese beiden berechtigt und verpflichtet; durch die gesetzliche Ermächtigung in f. 25 werden die obligatorischen Wirkungen des Verkaufs nicht auch auf den ersten Käufer erstreckt.

b) Im Ergebnis kommt also die englische Regelung insoweit dem französischen Recht und dem ALR. gleich: wenn die Sache einem gutgläubigen zweiten Käufer übergeben wird, dann hat dieser den Vorzug vor dem ersten Käufer und wird Eigentümer der Sache, auch wenn der erste Käufer schon Eigentum an der Sache erworben hatte. Vor der Uebergabe an einen der Käufer hat dagegen der erste Käufer den Vorzug, wenn er Eigentümer geworden ist.

Für den Fall, daß der zweite Käufer nicht gutgläubig war, ergibt sich jedoch ein Unterschied gegenüber dem französischen und preußischen Recht; der erste Käufer kann die Sache nicht in jedem Fall herausverlangen wie im französischen Recht aufgrund seines Eigentums und im preußischen Recht aufgrund seines Rechts zur Sache. Dem ersten Käufer steht nur dann ein Anspruch gegen den zweiten Käufer zu, wenn er Eigentümer der Sache geworden ist; er kann dann die action of trover (conversion) geltend machen, eine Deliktsklage, auf welche in erster Linie nur Schadenersatz zuerkannt wird. War er nicht Eigentümer, so bleibt er auf die vertragliche Klage gegen den Verkäufer (action for non delivery) angewiesen [1]).

Auch eine Schadensersatzklage wegen Verleitung zum Vertragsbruch, brech of contract könnte in Frage kommen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Klage bei allen Kontrakten geltend gemacht werden kann oder nur bei Dauerverträgen („contracts which set up a permanent relation between the parties to them“) [2]). Wird angenommen, daß die Klage wegen Verleitung zum Vertragsbruch bei allen Kontrakten, also auch beim Kaufvertrag gegeben ist, dann steht dem ersten Käufer eine Schadensersatzklage gegen den bösgläubigen zweiten Käufer zu, wenn dieser den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet hat (induce one party to a legally binding contractual relation to break such relation“, Jenks § 963). Gleichgültig ist bei dieser Deliktsklage, ob der erste Käufer schon Eigentum erworben hatte oder nicht.

c) Im französischen Recht beruht der Schutz des gutgläubigen zweiten Erwerbers wie oben dargelegt wurde, auf dem Rechtsschutz, welcher dem Besitz gewährt wird, im englischen Recht dagegen hat der Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers eine andere Grundlage. Während im allgemeinen bei Erwerb vom Nichteigentümer kein Eigentum des Erwerbers entsteht (eine Ausnahme bildet der

---

1) Schirrmeister-Prochownick, Bd. 2, S. 367 zu § 406; Jenks, § 868 ff.; Schmitz-Schwarzkoppen im „Zivilrecht Englands“, 1. Teil, S. 302 ff.
2) Jenks, § 963 und Note d) hierzu.

Kauf auf offenem Markt, „market overt"), ist hier die gutgläubige zweite Käufer geschützt aufgrund gesetzlicher Ermächtigung des Verkäufers.

Der Gedanke der gesetzlichen Ermächtigung wird im englischen Recht auf verschiedene Fälle angewandt. Z. B. haftet der Ehemann, der seine Frau nicht alimentiert, für diejenigen Schulden, welche die Frau zur Bestreitung des Unterhalts eingeht, und zwar gilt die Frau als zur Eingehung der Schulden vom Mann ermächtigt [1]). In derartigen Fällen [2]) bezieht sich allerdings die gesetzliche Ermächtigung auf den obligatorischen Vertrag.

Für die Wirksamkeit dinglicher Verfügungen enthält Factors Act von 1889 in S. 8 eine Bestimmung, die ebenfalls in Form der gesetzlichen Ermächtigung gefaßt ist. Geregelt ist der Verkauf von Waren durch einen factor, d. i. einen kaufmännischen Vertreter, der Waren in eigenem Namen für einen andern oder als Vertreter verkauft. Auch wenn der factor zum Verkauf einer Sache nicht berechtigt war, ist der Verkauf an einen gutgläubigen Erwerber ebenso gültig, als wenn der Eigentümer die Ermächtigung dazu gegeben hätte [3]). Diese Bestimmung in Factors Act. S. 8 stimmt (mit einer geringen Abweichung) wörtlich überein mit SGA. S. 25 und wurde in Sale of Goods Act aus Factors Act von 1889 übernommen. Die Bestimmung in Factors Act von 1889 S. 8 enthält ihrerseits eine Erweiterung des früheren Rechts. Factors Act von 1877 S. 3 hatte die gesetzliche Ermächtigung des factors zum Verkauf nur auf den Fall angewandt, daß der erste Käufer ihm die „documents of title" überlassen hatte. Vor Erlaß des Gesetzes von 1877 war dagegen der gutgläubige zweite Käufer nicht geschützt. Der erste Käufer oder derjenige, der einem factor die Sache und die „documents of title" überlassen hatte, konnte die Sache auch vom gutgläubigen zweiten Käufer herausverlangen, soweit er Eigentum erworben hatte [4]).

3. Das Nordische Recht.

In den nordischen Staaten Schweden, Dänemark und Norwegen bestehen inhaltlich weitgehend übereinstimmende Kaufgesetze, die in den Jahren 1905—1907 erlassen wurden. In diesen Kaufgesetzen ist jedoch nur der Kaufvertrag als obligatorischer Vertrag in seinen Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer behandelt. Ueber den Doppelverkauf sind keine Bestimmungen in den Kaufgesetzen ent-

1) Jenks, § 133; Schirrmeister-Prochownick, S. 645.
2) Weitere Fälle vgl. Jenks, §§ 133 ff.
3) Weitere Fälle: Chalmers, SGA. S. 62, S. 139; Schirrmeister-Prochownick, S. 656.
4) Chalmers, SGA. S. 62 u. S. 139; für das Recht vor Erlaß des Factors Act von 1877 verweist Chalmers auf die Entscheidung „Iohson v. Crédit Lyonais", 1877, 3 CPD., 32, 40, CA (S. 139, Note 1).

halten. Die hierher gehörenden Fragen sind daher nach sonstigen Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen der einzelnen Länder zu beurteilen.

Nach dem heutigen schwedischen Recht geht beim Spezieskauf das Eigentum an der Sache in der Regel mit Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer über. Der erste Käufer wird also Eigentümer der Sache auch ohne Besitzübertragung [1]).

Ueber die Stellung des ersten Käufers gegenüber dem zweiten Käufer ist in dem insoweit für Schweden noch geltenden „Handelsbalken" von 1734, Kapitel 1 § 5 bestimmt: „Säljer man twem ett; gälde skadan ater, och böte tijo daler: och then behalle godset, som först kiöpte" [2]). Danach müßte also die zweimal verkaufte Sache in jedem Fall dem ersten Käufer zustehen; auch bei gutem Glauben des zweiten Käufers könnte der erste Käufer die Sache von ihm herausverlangen.

Die Bestimmung des HB. I 5 wird jedoch nach der heute in Schweden geltenden Rechtsauffassung einschränkend ausgelegt: wenn der zweite Käufer in gutem Glauben den Besitz erworben hat, dann soll er die Sache nur gegen Vergütung herauszugeben verpflichtet sein; das wird damit begründet, daß dieser Grundsatz in jedem Falle gelte, wenn jemand eine Sache in gutem Glauben vom Nichtberechtigten erworben hat. Der gutgläubige Besitzer kann gegen die vom Eigentümer beanspruchte Herausgabe der Sache „Lösegeld" verlangen, ähnlich wie es in ALR. I 15 § 25 ff. bestimmt ist [3]).

Die Bestimmung, daß der Besitzer zur Herausgabe der Sache nur gegen Lösegeld verpflichtet sei, war auch im Handelsbalken für den Fall der Weiterveräußerung anvertrauter Sachen an einen gutgläubigen Dritten enthalten. HB. Kap. 11 § 4 und Kap. 12 § 4. Almén-Neubecker sieht in Kap. 1 § 5 einen Widerspruch zu den § 4 Kap. 11 und § 4 Kap. 12. Der in den beiden letzteren Bestimmungen enthaltene Grundsatz sei im großen und ganzen dem früheren schwedischen Recht (vor 1734) fremd gewesen, während Kap. 1 § 5 das Ueberbleibsel einer älteren Rechtsanschauung darstelle [4]).

Aus den Materialien zum schwedischen Gesetzbuch von 1734, die, somit noch vorhanden, vollständig veröffentlicht wurden [5]), ist über Handelsbalken Kap. 1 § 5 nichts erwähnt, sodaß nicht mehr feststellbar ist, worauf die Bestimmung gegründet werden sollte.

---

1) Vgl. Almén-Neubecker, Bd. I, S. 526 und Bd. 2, S. 172.

2) „Verkauft ein Mann an Zwei eines; ersetze er den Schaden, und büße 10 Taler: und er behalte das Gut, der zuerst kaufte."

3) Almén-Neubecker, Bd. 1, S. 23, Note 83 und die dort zitierte Literatur.

4) Almén-Neubecker, Bd. 1, S. 23, Note 83.

5) Sjögren, Förarbetena till Sveriges Rikes Lag, 1901—1909. Hinsichtlich der Entstehung des Gesetzes ist bemerkenswert, daß die Ausarbeitung des Handelsbalken dem Magistrat in Stockholm überlassen würde, der seinerseits einen Bürgermeister und drei Ratsherren, frühere Kaufleute, beauftragte, sodaß also der Entwurf des Handelsrechts unmittelbar aus dem Handel nahestehenden Kreisen hervorging.

Im dänischen Recht ist für den Doppelverkauf ebenso wie im schwedischen Recht noch eine ältere gesetzliche Bestimmung in Kraft und zwar Art. 5 — 3 — 31 des „Danske Lov" von 1683. Auch diese Gesetzbestimmung gibt ihrem Wortlaut nach dem ersten Käuser den Vorzug und zwar ohne irgendeine Ausnahme [1]). Ebenso wie die entsprechende schwedische Vorschrift wird aber die Bestimmung einschränkend ausgelegt und zwar gleichfalls zugunsten eines gutgläubigen zweiten Erwerbers, der den Besitz der Sache erlangt hat.

Es haben sich danach folgende Regeln für die einzelnen Fälle des Doppelverkaufs herausgebildet:

a) Wenn der zweite Käufer gutgläubig den Besitz der Sache erlangt hat, dann hat der erste Käufer keinen Anspruch gegen ihn. Dieser Satz ist in Rechtsprechung und Literatur durchgehend anerkannt [2]). Der zweite Käufer ist, im Gegensatz zum schwedischen Recht, auch nicht gegen Vergütung zur Herausgabe verpflichtet.

b) Ist der zweite Käufer, der den Besitz erlangt hat, bösgläubig, so hat der erste Käufer den Herausgabeanspruch gegen ihn. Auch das ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt [3]). Bestritten ist allerdings, wann böser Glauben anzunehmen sei, jedoch ist nach der Rechtsprechung Kenntnis des zweiten Käufers vom ersten Kaufvertrag erforderlich und genügend [4]).

c) Wenn noch keiner der beiden Käufer den Besitz erlangt hat, dann hat der erste Käufer den Vorzug [5]).

Im praktischen Ergebnis herrscht also im allgemeinen Uebereinstimmung über die einzelnen Fälle des Doppelverkaufs. Die theoretische Begründung dieser Ergebnisse ist jedoch in ihren grundlegenden Fragen bestritten. Dabei sind sowohl die bestehenden Streitfragen bemerkenswert, wie auch andererseits die Tatsache, daß trotzdem die praktischen Ergebnisse unbestritten sind.

Die Streitfragen beziehen sich vor allem auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs. Von der Entscheidung dieser Frage hängt es

---

1) DL. 5—3—31: „Saelger, eller lejer, nogen til Svende Jord, eller andet Gods, da skal den det beholde, som forst kiobte, eller lejede, med saa skiel at hand gior bevisligt, at hand forst kiobte, eller lejede, og den som solte, eller lejede, skal skaffe den anden saa meget og saa got, som hand kannem solte eller lejede, inden ſex Uger."

2) U. f. R. 1900 S. 291; 1913, S. 694; 1919, S. 638; Binding Kruse in R. f. R., S. 422, 429 ff. Lassen, Obligationsret, Alm. Del, S. 927, Note 19.

3) U. f. R. 1919, S. 372; Binding Kruse a. a. O., S. 389 ff., 422 ff.; Lassen a. a. O., S. 925, Note 15, S. 927, Note 21 und dem dort zitierten Urteile.

4) Kruse a. a. O., S. 352, Note 1; U. f. R. 1919, S. 372. Nach Lassen a. a. O., S. 925/6 genügt auch fahrlässige Unkenntnis, während nach Moller in T. f. R. 1896, S. 156, Ussing in T. f. R. 1890, S. 193 ff. die Kenntnis allein kein genügendes Verschulden und kein Grund zur Herausgabepflicht sein soll.

5) Binding Kruse a. a. O., S. 389 ff.; Lassen a. a. O., S. 927, Note 20; **Moller**, **T. f. R. 1896**, S. 155.

ab, ob die Herausgabepflicht des zweiten bösgläubigen Käufers oder der Vorzug des zweiten gutgläubigen Käufers als die Regel erscheint.

Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen ist im dänischen Recht nicht gesetzlich geregelt. „Danske Lov“ von 1683 enthält keine Bestimmung, die sich unmittelbar hierauf bezieht. Darum war die Auffassung über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs in Rechtsprechung und Literatur Wandlungen unterworfen. Ernst Moller gibt in seiner Abhandlung über „Losoreoverdragelse“ [1]) einen Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung; danach sei in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des Danske Lov die bloße Vereinbarung zwischen den Parteien als genügend für den Eigentumsübergang erachtet worden. Im 19. Jahrhundert setzte sich, wohl unter dem Einfluß der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft, die Auffassung durch, daß zum Eigentumserwerb traditio notwendig sei.

Diese Auffassung ist in der Rechtsprechung auch heute noch die herrschende. Es wird in der Rechtsprechung daran festgehalten, daß eine besondere, dingliche „Overdragelse“ an den Erwerber stattfinden müsse, welche durch „Overleverelse“ ausgeführt werde. Dingliches und obligatorisches Recht werden dabei unterschieden [2]). Andererseits wird aber weitgehend das constitutum possessorium als gültig anerkannt. Es wird kein konkretes Besitzmittlungsverhältnis gefordert, sondern es soll jeder Akt genügen, wonach der Verkäufer anerkennt, jetzt für den Käufer zu besitzen. Die Rechtsprechung hierüber ist bei Kruse zusammengestellt [3]). Es handelt sich bei diesen Urteilen vor allem um die Frage der Konkurrenz zwischen Gläubigern des Erwerbers und die Entscheidung darüber, welchen Gläubigern der Zugriff an der Sache zustehe, insbesondere im Konkurs. Kruse kommt zu dem Ergebnis, daß nach diesen, insbesondere nach den neueren Urteilen, tatsächlich die bloße Vereinbarung zur Eigentumsübertragung individuell bestimmter Sachen genüge, bei Waren die Individualisierung, wenn auch an der Theorie des constitutum possessorium noch festgehalten werde [4]).

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Doppelverkauf würde zur Folge haben, daß der erste Käufer in den meisten Fällen als Eigentümer zu gelten hätte, auch wenn er tatsächlichen Besitz noch nicht erlangt hätte. Somit würde ihm ein Herausgabeanspruch auch gegen den gutgläubigen zweiten Käufer zustehen,, denn im dänischen Recht gibt es im allgemeinen keinen Schutz gutgläubigen Erwerbs [5]). Tatsächlich wird aber in den Fällen des Doppelverkaufs das con-

---

1) T. f. R. 1896, S. 85 ff; vgl. auch Kruse a. a. O., S. 393.
2) Vgl. U. f. R. 1919, S. 638; 1900, S. 291; Kruse, S. 429, Note 1, S. 366 ff., S. 393 ff.
3) Kruse a. a. O., S. 394 ff.
4) Kruse a. a. O., S. 394, 397.
5) Matzen-Lassen, S. 123 ff.; Torp, S. 159.

stitutum possessorium nicht derart weitgehend angewandt. Dem gutgläubigen zweiten Käufer wird Schutz gewährt mit der Begründung, daß „Overdragelse" an den ersten Käufer nicht stattgefunden habe und der erste Käufer somit nicht Eigentümer geworden sei, obwohl die den Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle wohl auch zur Anerkennung eines stillschweigend getroffenen constitutum possessorium zugunsten des ersten Käufers geeignet gewesen wären [1]).

In einem Urteil wurde allerdings im Gegensatz hierzu eine gültige „Overdragelse" an den ersten Erwerber anerkannt. Es wurde jedoch ein späterer Erwerber deshalb geschützt, weil dem Veräußerer die Befugnis (Befolzelse) zugestanden habe, für den Eigentümer (den ersten Erwerber) aufzutreten [2]). Diese Begründung erinnert an die Bestimmung des englischen Rechts in Sale of Goods Act S. 25, die als gesetzliche Ermächtigung gefaßt ist.

Im Ergebnis wird also dem gutgläubigen zweiten Käufer Schutz gewährt. Über die Frage, wie dieses Ergebnis mit der zum mindesten dem Wortlaut nach widersprechenden Bestimmung in DL. 5—3—31 zu vereinbaren sei, ist in den Entscheidungen nichts gesagt.

Im Fall der Bösgläubigkeit des zweiten Käufers wird dessen Herausgabepflicht in der Rechtssprechung anerkannt, auch wenn eine „Overdragelse" an den ersten Käufer nicht stattgefunden hatte, vgl. Urteil vom 6. 1. 1919 [3]). Es handelt sich allerdings in diesem Fall um ein Grundstück und es geht aus dem Tatbestand nicht klar hervor, ob der zweite Käufer schon Eigentum erworben hatte oder nicht. Ein rechtlicher Grund für die Herausgabepflicht ist in dem Urteil nicht angegeben außer dem Hinweis auf den bösen Glauben des zweiten Käufers.

In der Literatur ist die theoretische Begründung der für den Doppelverkauf anerkanten Grundsätze zum Teil eine ganz andere als in der Rechtsprechung. Die Traditionstheorie, wie sie in der Rechtsprechung noch für den Eigentumsübergang befolgt wird, ist in der Literatur vielfach angegriffen. Der Traditionstheorie stehen die Vertragstheorie und die alternative Theorie gegenüber. Nach diesen ist zwar ebenso wie bei der Traditionstheorie die dinglich wirkende Overdragelse an den Erwerber neben der Vereinbarung erforderlich. Zur Overdragelse soll jedoch nicht traditio erforderlich sein. Nach der alternativen Theorie genügt entweder Uebergabe oder Bezahlung [4]); nach der Vertragstheorie entscheidet der Wille der Parteien [5]). Beide Ansichten werden als maßgebend für das geltende

1) Vgl. die Urteile U. f. R. 1900, S. 291; 1913, S. 694; 1919, S. 638; Kruse a. a. O., S. 429 bei Note 1.

2) U. f. R. 1913, S. 785.

3) U. f. R. 1919 S. 372.

4) Ussing, T. f. R. 1890, S. 192; Moller, T. f. R. 1896, S. 104 ff., S. 117.

5) Torp, T. f. R. 1894, S. 6.

dänische Recht vertreten. Für den Doppelverkauf folgt daraus, daß der gutgläubige zweite Käufer schon mit Bezahlung, oder schon früher je nach dem Willen der Parteien, als Eigentümer gelten muß, sodaß sich hieraus der Rechtsgrund seines Schutzes ergibt.

Hinsichtlich des Anspruchs gegen den bösgläubigen zweiten Käufer wird zum Teil die Möglichkeit eines erheblichen Verschuldens des zweiten Käufers bestritten [1]). Im übrigen wird allgemein von den Vertretern der verschiedenen Theorien der Anspruch gegen den bösgläubigen zweiten Käufer anerkannt, auch für den Fall, daß der erste Käufer nur ein obligatorisches Recht, noch keine Overdragelse, erlangt hatte. Es entsteht hier nun, ähnlich wie in der Theorie zum Preußischen ALR., die Schwierigkeit der rechtlichen Begründung des Anspruchs. Lassen behandelt den zweiten Verkauf an einen bösgläubigen Dritten als einen Fall der Verletzung von Gläubigerrechten durch Dritte. Eine solche Verletzung obligatorischer Rechte durch Dritte hält Lassen für denkbar, wenn sie auch nur in bestimmten Fällen rechtswidrig sei [2]). Diese Konstruktion Lassens erinnert an den im deutschen Recht gemäß § 826 BGB. von der Rechtsprechung anerkannten Anspruch, den Groh [3]) auf „sittenwidrige Erfüllungsvereitelung" zurückführt. Daß der erste Käufer den Vorzug hat, wenn der zweite Käufer noch kein dingliches Recht erlangt hat, wird auf DL. 5—3—31 gestützt [4]).

Allen diesen Theorien — Traditionstheorie, Vertragstheorie, alternative Theorie — ist gemeinsam, daß zwischen dinglichem und obligatorischem Recht unterschieden und ein besonderer, dinglich wirkender „Overdragelsesretshandel" neben der Vereinbarung gefordert wird. Diese Grundlage wird von Vinding Kruse [5]) angegriffen, der m. E. die Ergebnisse der Rechtsprechung auf klarere und zutreffendere Grundsätze zurückführt. Den dinglichen Vertrag, Overdragelsesretshandel, lehnt Kruse als eine künstliche und praktisch nicht notwendige Fiktion ab. Auf die ausführliche Begründung dieser Auffassung, in der insbesondere auch das französische und englische Recht herangezogen werden, kann ich hier nicht näher eingehen.. Auch die Einteilung in dingliche und obligatorische Rechte hält Kruse nicht für gerechtfertigt. Er stellt ihr eine andere Unterscheidung gegenüber und geht dabei von den Wirkungen aus, die von der Rechtsordnung an die verschiedenen Stadien des Erwerbs geknüpft werden. Diese Rechtswirkungen bezeichnet er als „Prioritetsvirkning" und als „ekstinktive Omsaetningsvirkning". Die

---

1) Ussing, T. f. R. 1890, S. 193 ff.; Moller, T. f. R. 1896, S. 156.

2) Lassen, Obligationsrettens Almind.-Del. S. 920 ff.

3) Groh in der RG.-Festgabe, Bd. 3, S. 119 ff.

4) Moller a. a. O., S. 155; anders Lassen a. a. O., S. 927, Note 20, der DL. 5—3—31 hier nicht für anwendbar hält, den Grundsatz vom Vorzug des ersten Käufers aber doch anerkennt.

5) Vinding Kruse, Ejendomsrettens Overgang, T. f. R. 1924, S. 315 ff.

Priorität sei maßgebend im Konflikt zwischen mehreren Erwerbern und zwischen mehreren Gläubigern der Erwerber oder des Veräußerers. Nach dem in der Rechtsprechung herausgebildeten geltenden dänischen Recht sei für die Priorität der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Aftale) und bei generell bestimmten Sachen die Individualisierung entscheidend. Dies zeigt sich insbesondere an den anerkannten Grundsätzen über den Vorzug des ersten Käufers vor dem zweiten Käufer, der noch nicht den Besitz erhalten hat oder der bösgläubig war. Die „ekstinktive Omsaetningsvirkning" andererseits trete ein mit der Uebergabe der Sache an einen gutgläubigen Erwerber. Diese Wirkung des gutgläubigen Erwerbs sei allerdings nach geltendem dänischen Recht bisher nur in einzelnen Fällen anerkannt. Zu diesen Fällen des gutgläubigen Erwerbs sei aber der Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers beim Doppelverkauf zu rechnen.

Hierdurch sind also die einzelnen Ergebnisse der Rechtsprechung auf zwei Begriffe — Priorität und extinktiven Erwerb — zurückgeführt. Grundsatz ist der Vorzug des ersten Käufers, der sich aus der Proritätswirkung ergibt. Die Prioritätswirkung wird andererseits eingeschränkt durch den auf der exstinktiven Omsaetningsvirkning beruhenden Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers. Aus diesen beiden klaren und einfachen Sätzen, die auch der für andere Fragen des Eigentumsübergangs geltenden Praxis entsprechen, lassen sich somit die einzelnen, für den Doppelverkauf im dänischen Recht allgemein anerkannten Entscheidungen folgerichtig herleiten, ohne daß es der Konstruktion eines constitutum possessorium oder Overdragelsesretshandel bedarf.

III.

1. In der praktischen Regelung des Doppelverkaufs stimmen alle die hier betrachteten Rechtsordnungen, wie sich ergeben hat, weitgehend miteinander überein. In allen diesen Rechten ist der gutgläubige zweite Käufer geschützt, er ist nicht zur Herausgabe an den ersten Käufer verpflichtet (eine Ausnahme besteht nur im schwedischen Recht: Herausgabe kann gegen Vergütung gefordert werden). Ist der zweite Käufer dagegen bösgläubig, so ist er ersatzpflichtig und hat die Sache an den ersten Käufer herauszugeben; allerdings wird von einem Teil der Rechtsordnungen die Herausgabepflicht nur bei einem besonderen Verstoß gegen die guten Sitten anerkannt (BGB., Schweizer Recht). Es gilt ferner in einem großen Teil der Rechte, und zwar insbesondere in den zu dem germanischen Rechtskreis gehörenden Ländern, der Rechtssatz, daß der erste Käufer den Vorzug vor dem zweiten Käufer habe, solange die Sache sich noch beim Verkäufer befindet (preußisches, französisches,

englisches, nordisches Recht). Nach BGB. hat dagegen der erste Käufer einen Vorzug in diesem Falle nur, wenn er sich durch constitutum possessorium gesichert hat.

Werden diese übereinstimmenden Ergebnisse der Rechtsordnungen unter dem Gesichtspunkt betrachtet, den Binding Kruse für das dänische Recht herausgegestellt hat — Eintreten der Prioritätswirkung und der Wirkung des extinktiven Erwerbs [1]) — so können die einzelnen Rechtssätze dahin zusamengefaßt werden: Mit Abschluß des Kaufvertrags steht dem ersten Käufer die Priorität vor späteren Käufern zu; diese Wirkung wird aufgehoben durch den gutgläubigen Besitzerwerb (extinktiven Erwerb) eines zweiten Käufers.

2. Dieses Ergebnis beruht jedoch, wie wir gesehen haben, jeweils in den einzelnen Rechtsordnungen auf ganz verschiedenen Rechtssätzen: im französischen, englischen und schwedischen Recht ergibt sich die Priorität des ersten Käufers daraus, daß er mit Vertragsabschluß Eigentum erwirbt. Der Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers ergibt sich aus dem Besitzschutz (C. c. Art. 1141) oder aus besonderer Ermächtigung des Verkäufers (SAG. S. 25). In andern Rechten dagegen beruht der Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers darauf, daß er mit der Uebergabe Eigentum erworben hat, während die Priorität des ersten Käufers durch besondere Rechtssätze gewahrt wird: Verstoß gegen die guten Sitten (BGB., Schweizer Recht) oder „Recht zur Sache“ (ALR., Codex Maximilianeus). Eine besondere Stellung nimmt demgegenüber das dänische Recht ein; in ihm gelten zwar dieselben Ergebnisse, deren Rechtsgrundlage ist aber bestritten und wird aus ganz verschiedenen Erwägungen hergeleitet. Die Frage des Eigentumsübergangs, die in anderen Rechtsordnungen Bestandteil des Gesetzes ist, gehört im dänischen Recht zu den Streitfragen der Theorie.

3. Für das geltende deutsche Recht ergibt sich aus diesem Vergleich der einzelnen Rechtsordnungen: im Ergebnis stimmt das Recht des BGB. mit den andern Rechten überein; es ist daher rechtspolitisch durchaus zu billigen, daß der gutgläubige zweite Käufer gegen den ersten Käufer geschützt ist, daß aber andererseits der erste Käufer sich gegen spätere bösgläubige Erwerber durch constitutum possessorium sichern kann. Ebenso ist zu billigen, daß das Reichsgericht auf dem Käufer, der nicht durch constitutum possessorium Eigentum erworben hat, einen Schutz gegen bösgläubige spätere Erwerber wenigstens im Rahmen des § 826 BGB. gewährt.

Gegen die rechtliche Grundlage dieser Regelung kann aber dasselbe eingewendet werden, was Binding Kruse gegenüber der dänischen Rechtsprechung bekämpft [2]): es wird einerseits ein dinglicher Uebereignungsvertrag mit dem Erfordernis der traditio konstruiert;

---

1) O. Kruse in Tidsk. f. Retsv. 1924, S. 315 ff.
2) Vgl. oben II, 3.

dieses Prinzip wird aber andererseits durchbrochen durch die Zulassung des constitutum possessorium. Da der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs somit von den Parteien beliebig bestimmt werden kann durch eine Vereinbarung nach § 930 BGB., so wären klarere Ergebnisse möglich, wenn von vornherein, wie im englischen Recht, der Eigentumsübergang dem Parteiwillen überlassen bliebe. Daß die Zulassung des constitutum possessorium tatsächlich in der Praxis zur allgemeinen Durchsetzung der Uebereignung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses führen kann, hat sich in der Entwicklung des französischen Rechts gezeigt und wurde dort vom Gesetzgeber anerkannt [1]). Allerdings ist nach BGB. die Anwendung des constitutum possessorium durch das Erfordernis eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses eingeschränkt, sodaß es nicht so häufig als vereinbart angenommen werden kann, wie in der dänischen Praxis; andererseits ist aber die Gültigkeit der Vereinbarung dadurch oft von zufälliger Kenntnis der Vertragsschließenden über Gesetz und Rechtsprechung abhängig.

Die Regelung der Uebereignung im BGB. wird aber noch in anderer Hinsicht angegriffen: Die Berechtigung der Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag wird neuerdings bezweifelt [2]). Wie sich bei der Betrachtung des preußischen Rechts ergab, hing die Anerkennung der Priorität des ersten Käufers mit dem kausalen Charakter der Uebereignung zusammen, mit der Lehre vom titulus und modus acquirendi. Mit der Bekämpfung dieser Lehre im 19. Jahrhundert wurde auch die Lehre vom Vorrecht des ersten Käufers angegriffen. Diese Ablehnung des preußischen Rechts zur Sache verliert also ein wichtiges Argument, wenn die abstrakte Uebereignung nicht mehr anerkannt wird.

Tatsächlich bedeutet auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Herausgabepflicht eines bösgläubigen zweiten Erwerbers nach § 826 BGB. eine praktische Durchsetzung der Priorität des ersten Käufers, die vom Gesetzgeber wohl kaum gewollt war [3]), und die das System des BGB. von dieser Seite her durchbricht [4]).

---

1) Vgl. oben II, 1.

2) Vgl. Cohn im Arch. f. Civ. Praxis, Bd. 15, S. 67 ff. und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung zu § 138 BGB.

3) In den Motiven Bd. II S. 2/3, Bd. III S. 3 wird ein Anspruch des Gläubigers gegen bösgläubige Dritte ausdrücklich abgelehnt.

4) Mercier, Jus ad rem, S. 95 ff. betrachtet diese Rechtsprechung zu § 826 BGB. unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung Dritter am Vertragsbruch und vergleicht die französische, englische, deutsche und schweizerische Rechtsprechung und Literatur zu diesem Problem. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Anerkennung des Anspruchs gegen einen Dritten aus der Beteiligung am Vertragsbruch im wesentlichen dieselbe Wirkung habe, wie sie der Anspruch aufgrund des jus ad rem nach der Theorie und der Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts gehabt habe. Dabei ergebe der Gesichtspunkt des Vertragsbruchs eine bessere theoretische Fundierung, als die, die für die Lehre vom jus ad rem bestanden habe. (S. 210 ff., 215 ff.)

2. Kapitel: Gefahrübergang.

I.

Die Frage, wann die Gefahr der gekauften Sache auf den Käufer übergeht, und die gesetzliche Regelung dieser Frage ist für den Doppelverkauf bedeutsam. Das Problem zeigt sich in folgendem Fall: Der Verkäufer A verkauft dieselbe spezies zuerst an B und dann an C. Bevor er die Sache einem der beiden Käufer übergibt, wird durch Zufall durch einen vom Käufer nicht zu vertretenden Umstand, die Uebergabe der Sache unmöglich. Sind nun, wenn nach einem Recht der Käufer vom Kaufabschluß ab vor Uebergabe der Sache die Gefahr trägt, beide Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, oder hat hier eine Ausnahme von der sonstigen Regelung der Gefahrtragung zu gelten und welche?

Nach deutschem Recht geht dei Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer über, § 446 BGB., sodaß für das Recht des BGB. ein Problem des Gefahrübergangs beim Doppelverkauf nicht besteht. Dasselbe galt im preußischen Recht, vgl. I 11 §§ 95, 100; I 5 §§ 364 bis 368 ALR. Die gleiche Regelung enthält grundsätzlich auch das AGBG. Oesterreichs in den §§ 1061 und 1051 [1]).

Nach denjenigen Rechten, bei denen das Eigentum mit Abschluß des Kaufvertrages übergeht, erfolgt in der Regel der Gefahrübergang ebenfalls mit Vertragsabschluß. Dieser Satz gilt für Frankreich (Code Civil Art. 1138 und 1583), und England (Sale of Goods Act S. 20 und 18). Aber auch in einigen Rechten, nach welchen das Eigentum erst bei Uebergabe der Sache übergeht, ist der Gefahrübergang an den Abschluß des Kaufvertrags geknüpft; so in der Schweiz nach Art. 185 Abs. 1 Obligationenrecht. Nach den nordischen Kaufgesetzen (Schweden, Norwegen und Dänemark) bleibt bis zur „Lieferung“ die Gefahr beim Verkäufer; dabei ist unter „Lieferung“ zu verstehen „ein Handlung, durch die der Verkäufer vollzieht, was ihm nach dem Vertrag obliegt, damit der Käufer in den wirklichen Besitz des Gutes komme“ [2]). Jedoch trägt der Käufer schon vorher die Gefahr, wenn er die verkaufte spezies abzuholen hatte (§ 17 der Kaufgesetze).

Die Regel „periculum est emptoris“ galt ferner vor allem im gemeinen Recht auf der Grundlage des römischen Rechts [3]).

---

1) Vgl. hierzu und zu dem folgenden Absatz Eisser, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, S. 7 ff.

2) Almén-Neubecker, Bd. 1, S. 105.

3) Neuerdings ist die Geltung der Regel für das klassische römische Recht bestritten, vgl. Haymann in Savigny-Zeitschr. Roman. Abt., Bd. 48, S. 314 ff. und die dort angeführte Literatur.

II.

1. Während eine Behandlung des Falles in den römischen Quellen nicht nachgewiesen werden konnte [1]), wurde das Problem der Gefahrtragung beim Doppelverkauf in der gemeinrechtlichen Lehre des 19. Jahrhunderts vielfach erörtert.

a) Insbesondere hat v. Jhering die Frage der Gefahrtragung beim Doppelverkauf zum Gegenstand einer Abhandlung genommen und hat im Zusammenhang mit dieser Frage eine neue Erklärung des Satzes „periculum est emptoris“ gegeben [2]). Jhering geht aus von einem Fall, in welchem ohne Arglist dieselbe Sache zweimal verkauft worden und bevor Eigentum an einen der Käufer übertragen war (es handelte sich um den Verkauf von Schiffsparten), durch Zufall untergegangen war. Es entstehe nun die Frage, ob der Verkäufer von beiden Käufern den Kaufpreis verlangen könne.. Nach allgemeinen Prinzipien scheint, wie Jhering ausführt, die Bejahung der Frage nicht vermeidbar zu sein [3]). Dieses Ergebnis sei aber derart unbefriedigend, daß es Anlaß gebe, das Prinzip der Gefahrtragung selbst auf seinen Grund nachzuprüfen. Die häufig vertretene Fiktion einer Erfüllung durch den Verkäufer schon vor der Uebergabe lehnt Jhering ab. Darin liege nur ein anderer Ausdruck für den zu erklärenden Satz, aber keine Erklärung. Nach Jhering ist der Satz historisch daraus zu erklären, daß ursprünglich beim Kauf Abschluß und Erfüllung zusammenfielen; als dann später beides häufig nicht mehr zusammenfiel, erfolgte der Aufschub der Uebergabe bei einem Spezieskauf in der Regel im Interesse des Käufers, etwa weil er die Sache nicht sofort abholen wollte oder sie noch nicht bezahlen konnte. Andererseits sei der Verkäufer verhindert, durch anderweitige Disposition über die Sache die Gefahr von sich abzuwenden [4]). Dadurch sei der Satz gerechtfertigt, daß der Käufer die Gefahr trage. Der Sinn der Gefahrtragung durch den Käufer aber, so leitet Jhering hieraus weiter ab, sei der, daß der Verkäufer einen Ersatz für den entstandenden Schaden erhalte [5]). Der Anspruch gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises nach Untergang der Sache habe den Charakter einer Ersatzforderung. Sie falle weg, wenn der Verkäufer keinen Schaden erleide, z. B. habe er keinen Anspruch, wenn ihm die Sache nicht mehr gehört habe oder wenn er versichert war.

Jhering folgert hieraus, daß im Fall des Doppelverkaufs der Verkäufer von einem der beiden Käufer nach seiner Wahl den Kauf-

---

1) Vgl. Bechmann, Kauf, Bd. II, 1, S. 193.
2) Jhering in Jherings Jahrbüchern, Bd. 3, 1859, S. 449 ff.
3) Vgl. die Widerlegung verschiedener Lösungsversuche; Jhering, S. 455 ff. a. a. O.
4) S. 463 ff. a. a. O.
5) S. 466 a. a. O.

preis fordern könne. Habe er den Kaufpreis von einem erhalten, dann sei er nicht mehr geschädigt, und könne ihn von einem andern Käufer nicht mehr beanspruchen.

Auch Bechmann [1]) kommt zu dem Ergebnis, daß der Verkäufer wahlweise einen der Käufer beanspruchen könne. In der Begründung stimmt er jedoch mit v. Iherings Ausführungen nicht überein. Es bedürfe nicht einer so gewaltsamen Erklärung des Prinzips der Gefahrtragung. Vielmehr verhalte es sich so: wenn der Verkäufer von einem Käufer den Kaufpreis verlangt hat, so müsse er sich vom anderen Käufer zu seinem Nachteil so behandeln lassen, als hätte er seinerseits an jenen erfüllt. Das entspreche dem Gebot der bona fides. Der als zweiter in Anspruch genommene Verkäufer könne einwenden, daß der Verkäufer, auch wenn die Sache noch existierte, an den andern Verkäufer geleistet hätte und somit nicht an ihn erfüllen könne. Der als zweiter in Anspruch genommene Käufer habe also die exceptio non adimpleti contractus.

v. Ihering hatte die Geltendmachung dieser Einrede durch einen der Käufer ausdrücklich abgelehnt [2]).

Windscheid dagegen vertritt die Ansicht, daß der zweite Käufer die Gefahr trage, und begründet dies damit [3]): mit Abschluß des zweiten Kaufvertrages hat der Verkäufer, wenn auch unter Umständen ohne Arglist, den zuerst abgeschlossenen Vertrag als nicht geschlossen behandelt; es verstoße daher gegen die bona fides, wenn sich der Verkäufer gegenüber dem ersten Käufer auf diesen Vertrag berufe.

Auch die Auffassung, daß der erste Käufer und nicht der zweite die Gefahr zu tragen habe, wurde vertreten. Zu diesem Ergebnis kommt Hofmann [4]). Er begründet dies damit, daß der Abschluß eines zweiten Kontrakts nicht zur Abwälzung des periculum vom ersten Käufer auf den zweiten Käufer genüge.

Dernburg [5]) dagegen hält es für unbedenklich, dem Verkäufer den Anspruch gegen beide Käufer zu geben, falls er sich in bona fide befand. Eine nähere Begründung ist nicht gegeben.

Auch die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich der Verkäufer gegen keinen der mehreren Käufer einen Anspruch geltend machen könnte, wurde in der Literatur vertreten [6]).

b) Uebereinstimmung besteht darüber, daß der Verkäufer gegen denjenigen Käufer keinen Anspruch habe, gegenüber welchem er sich in dolo befand [7]).

---

1) August Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, Bd. II, S. 193.

2) Ihering a. a. O., S. 455.

3) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 2. Bd., § 390, Note 17.

4) Hofmann, Ueber das periculum beim Kaufe, S. 144.

5) Dernburg, Bd. II, 4. Aufl., § 96, Note 4.

6) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Windscheid, Bd. 2, § 390, Note 17.

7) Vgl. Windscheid a. a. O., Note 17; Bechmann a. a. O., S. 193.

Nur Ihering vertritt die Ansicht, daß es unwesentlich sei, ob einer der Kaufverträge mala fide abgeschlossen sei und sich der Verkäufer einem der Käufer gegenüber wegen des nochmaligen Verkaufes in dolo befunden habe. Dies sei nur erheblich, wenn der Verkäufer *infolge* seiner Arglist nicht leisten könne; solange die Sache noch existiert, könne der Verkäufer das durch den nochmaligen Verkauf entstandene Hindernis beseitigen. Dann äußere jener dolus keine Wirkungen mehr, ein Schadensersatzanspruch falle weg. Ebenso äußere der dolus als solcher keine nachteiligen Folgen, wenn die Sache untergehe, und komme daher rechtlich gar nicht in Betracht [1]).

Praktisch wird der doppelte Verkauf wohl häufig in Arglist seitens des Verkäufers erfolgen, es sind aber auch zahlreiche Fälle denkbar, in denen der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hat; z. B. einer der Verträge wurde durch einen Vertreter des Verkäufers abgeschlossen in Unkenntnis des vom Verkäufers selbst abgeschlossenen Vertrags; oder der Verkäufer rechnete damit, daß der erste Käufer nicht auf dem Vertrag bestehen werde. In allen derartigen Fällen entstand für das gemeine Recht das so widerstreitend behandelte Problem.

2. Die gleiche Schwierigkeit entsteht in allen modernen Rechten, in welchen der Gefahrübergang mit dem Kaufabschluß zusammenfällt.

Im französischen Recht geht nach Art. 1138 die Gefahr bei Kaufabschluß auf den Käufer über. Trotzdem wird für den Fall des Doppelverkaufs eine andere Lösung zutreffen als nach gemeinem Recht. Dies ergibt sich aus Art. 1599 C. c., nach welchem der Verkauf einer fremden Sache nichtig ist. Diese Bestimmung findet, wie oben Kapitel 1, I ausgeführt, auf den Doppelverkauf Anwendung, und zwar in der Weise, daß dem Käufer gegen den Verkäufer eine Einrede oder die Aufhebungsklage zusteht. Ist also die zweimal verkaufte Sache durch Zufall untergegangen, dann kann der zweite Käufer gegenüber dem vom Verkäufer erhobenen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen. Die Gefahrtragung wird also beim ersten Käufer verbleiben. In der von mir bearbeiteten Literatur zum französischen Recht konnte ich eine Enwähnung dieses Falles nicht feststellen.

Im englischen Recht ist über die Gefahrtragung im Sale of Goods Act 1893, bestimmt (section 20): „Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property there-in is transferred to the buyer, but when the property therein ist transferred to the buyer, the goods are at the buyers risk wether the delivery has been made or not". Der Gefahrübergang ist also mit dem Eigentumsübergang verbunden. Dieser fällt bei Verkauf einer species in der Regel mit dem Vertragsschluß zusammen (S. 17 ff.,

1) *Ihering* a. a. O., S. 459.

insbesondere S. 18). Da jedoch beim Doppelverkauf das Eigentum nur an einen der Käufer übergehen kann, wird nur dieser eine Käufer die Gefahr zu tragen haben, sodaß sich das Problem in dieser Weise löst.

Dagegen ist weder im Schweizer noch im nordischen Recht, in welchen beiden Gefahrübergang bei Kaufabschluß stattfindet, eine Entscheidung für den Fall des Doppelverkaufs gegeben. Hier ist also das Problem in der gleichen Weise zu behandeln wie im gemeinen Recht. Auf die gemeinrechtliche Lehre hierzu wird denn auch in der Literatur beider Rechte verwiesen [1]). In den nordischen Rechten beschränkt sich jedoch die Anwendung, da der Gefahrübergang auch bei Spezieskauf nur dann vor der Lieferung erfolgt, wenn der Käufer die Sache abzuholen hatte. Im Schweizer Obligationenrecht ist in Art. 185 vorgesehen, daß bei besonderen Verhältnissen eine Ausnahme vom Grundsatz der Gefahrtragung durch den Käufer begründet sein könne. Es ergibt sich hieraus eine gesetzliche Grundlage, für den Fall des Doppelverkaufs als Ausnahme von dem sonst geltenden Prinzip nur einem der Käufer die Gefahr der Sache aufzuerlegen.

Nach geltendem deutschen Recht besteht hinsichtlich der Gefahrtragung beim Doppelverkauf keine Schwierigkeit, da die Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer übergeht, und die Uebergabe nur an einen Käufer bewirkt werden kann. Es kann also auch nur ein Käufer zur Gefahrtragung verpflichtet sein. Allerdings wäre eine Ausnahme denkbar, wenn etwa an den einen Käufer mittelbarer Besitz und dann an den anderen Käufer unmittelbarer Besitz übertragen wird. Die Gefahr war dann schon mit der mittelbaren Besitzübertragung auf den ersten Käufer übergegangen [2]). Durch die nochmalige Besitzübertragung an den zweiten Käufer verliert aber der erste Käufer den Besitz [3]) und daraus wird er die Einrede der Nichterfüllung gegen den Verkäufer herleiten können. Eine doppelte Zahlung an den Verkäufer wird also nicht in Frage kommen. Bei Grundstücken dagegen wäre nach § 446 Abs. II BGB. denkbar, daß zwei Erwerber gleichzeitig die Gefahr zu tragen hätten, der eine aufgrund Eintragung, der andere aufgrund Uebergabe; aber ein Fall des Untergangs von Grundstücken wird kaum praktisch werden, sodaß dieser Fall nicht von Bedeutung ist [4]).

---

1) Oser, Kommentar zum Schweizer Obligationenrecht Nr. V, 2 zu Art. 185; Almén-Neubecker, Nr. 200 zu § 17, Bd. 1, S. 231.
2) Staudinger, Kommentar, 9. Aufl., Nr. I 2 c zu § 446 BGB.
3) Vgl. hierzu RG. im Recht 1932, Nr. 327.
4) Vgl. Staudinger a. a. O., I 2 c zu § 446 BGB.

Lebenslauf.

Ich, Edith Hildegard Heiland, geb. Justi, wurde am 4. November 1907 in Charlottenburg geboren. Meine Eltern sind Ludwig Justi aus Marburg a. L., ehem. Direktor der Nationalgalerie in Berlin, und Frau Emy Justi, geb. Lüroth aus Karlsruhe. Vom Herbst 1916 bis Ostern 1925 besuchte ich in Freiburg i. Br. das humanistische Gymnasium (Friedrichs-Gymnasium). Nach bestandener Reifeprüfung begann ich im Sommer-Semester 1925 in Freiburg i. Br. das juristische Studium. Ich blieb drei Semester in Freiburg und war dann im Winter-Semester 1926/27 an der Universität Berlin, im Sommer-Semester 1927 an der Universität München. Vom Winter-Semester 1927/28 an blieb ich in Freiburg i. Br. bis zur Beendigung des Studiums. Am 4. April 1929 bestand ich in Karlsruhe das Referendarexamen mit der Note gut. Den Vorbereitungsdienst begann ich am 2. Mai 1929 bei der Staatsanwaltschaft in Freiburg i. Br. Bis zum 15. Mai 1930 war ich in Freiburg bei der Staatsanwaltschaft, beim Amtsgericht und beim Bezirksamt beschäftigt. Vom 16. Mai 1930 bis 1. Oktober 1930 war ich beim Bezirksamt Ettlingen im höheren Verwaltungsdienst verwendet. Vom 2. Oktober 1930 ab setzte ich den Vorbereitungsdienst in Freiburg i. Br. fort bis zum 4. Mai 1932. Am 16. Juni 1932 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung mit der Note gut. Nachdem ich am Landgericht Freiburg i. Br. als Rechtsanwältin zugelassen war, bin ich seit meiner Uebersiedlung nach Berlin als Rechtsanwältin am Landgericht Berlin zugelassen. Die mündliche Prüfung zur Erlangung der Doktorwürde bestand ich am 23. Juli 1932.

Nachwort.

Nach der Drucklegung vorstehender Arbeit erhielt ich das Manuskript einer Dissertation von Erich Klug: „Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht“, vorgelegt bei der Universität Freiburg i. Br. Bedauerlicherweise ist es mir nicht mehr möglich, diese Arbeit, die zum Teil das gleiche Thema behandelt, zu berücksichtigen.

Edith Heiland.